This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

L. WOLOWSKI
Député à l'Assemblée nationale,
Membre de l'Institut.

PAUL PONT
Conseiller à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

FAUSTIN HÉLIE
Président à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

LÉON AUCOC
Président de section au Conseil d'État.

CH. GIRAUD
Inspecteur général des Facultés de droit,
Membre de l'Institut.

BERTAULD
Professeur à la Faculté de droit de Caen,
Député à l'Assemblée nationale.

BATBIE
Professeur d'économie politique à la Faculté de droit de Paris,
Député à l'Assemblée nationale.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

Serrigny, doyen honoraire de la Faculté de droit de Dijon;
Jalabert, doyen de la Faculté de droit de Nancy;
Gabriel Demante, professeur à la Faculté de droit de Paris;
Ed. Laferrière, maître des requêtes au Conseil d'État;

ET DE MM.

Ernest Dubois, professeur à la Faculté de droit de Nancy; **Cauwès**, **Lyon-Caen**, professeurs agrégés à la Faculté de droit de Paris et **Gabriel Debacq**, avocat à la Cour d'appel de Paris, pour les travaux critiques et bibliographiques sur les législations étrangères.

XXIIe ANNÉE.

Nouvelle série. — TOME II.

PARIS

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT

24, rue Soufflot, 24.

1872—1873

Digitized by Google

Jur.is. 152 hc, NS-2 Revue

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

409 H

Digitized by Google

PARIS. — IMPRIMERIE ARNOUS DE RIVIÈRE ET C°, 26, RUE RACINE.

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

L. WOLOWSKI
Député à l'Assemblée nationale,
Membre de l'Institut.

PAUL PONT
Conseiller à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

FAUSTIN HÉLIE
Président à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

LÉON AUCOC
Président de section au Conseil d'État.

CH. GIRAUD
Inspecteur général des Facultés de droit,
Membre de l'Institut.

BERTAULD
Professeur à la Faculté de droit de Caen,
Député à l'Assemblée nationale.

BATBIE
Professeur d'économie politique à la Faculté de droit de Paris,
Député à l'Assemblée nationale.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

Serrigny, doyen honoraire de la Faculté de droit de Dijon;
Jalabert, doyen de la Faculté de droit de Nancy;
Gabriel Demante, professeur à la Faculté de droit de Paris;
Ed. Laferrière, maître des requêtes au Conseil d'État;

ET DE MM.

Ernest Dubois, professeur à la Faculté de droit de Nancy; **Cauwès**, **Lyon-Caen**, professeurs agrégés à la Faculté de droit de Paris et **Gabriel Debacq**, avocat à la Cour d'appel de Paris, pour les travaux critiques et bibliographiques sur les législations étrangères.

XXIIe ANNÉE.

Nouvelle série. — TOME II.

PARIS

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT

24, rue Soufflot. 24.

1872—1873

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE LÉGISLATION

ET DE JURISPRUDENCE.

EXAMEN DOCTRINAL.

I. — Des droits du cessionnaire d'un avancement d'hoirie contre l'hérédité.

II. — Compétence respective des tribunaux judiciaires et administratifs en matière de transaction sur procès intéressant une commune.

Par M. H. Lespinasse,
Premier avocat général à la Cour de Pau.

I

Un successible en ligne directe qui reçoit une donation entre-vifs payable au décès du donateur, et garantie par une hypothèque, peut-il, lorsqu'il cède le bénéfice de cet acte à un tiers, changer sa position vis-à-vis de ses cohéritiers? S'il conservait sa créance, il est certain qu'elle serait résolue par le seul fait de l'ouverture de la succession, et qu'il ne pourrait en exiger le payement à moins d'abdiquer sa qualité d'héritier conformément à l'article 845 du Code civil. Le tiers qu'il a mis à sa place est-il dans une position meilleure et peut-il, nonobstant l'adition d'hérédité accomplie par son cédant, se prétendre créancier direct du défunt, et ramener à exécution son hypothèque sur les immeubles héréditaires?

Il nous aurait semblé, nous l'avouons, que cette question ne présentait aucune difficulté. A nos yeux, le principe qui la domine est celui-ci : On ne peut transmettre plus de droits qu'on n'en a soi-même. Ce principe, sous-entendu en

Digitized by Google

toute matière, a été formellement exprimé dans le Code de procédure au titre de la Saisie immobilière (art. 731). La créance de l'enfant donataire entre-vifs étant essentiellement résoluble en cas d'adition d'hérédité, n'a pu être transmise qu'avec ce caractère, et l'événement de la condition anéantit le droit du cessionnaire comme celui du cédant.... Ce dernier ne pourrait même pas s'obliger d'avance à renoncer à la succession pour faire valoir le transport. Ce serait un de ces pactes relatifs à une succession future que la loi déclare radicalement nuls.

Toutefois, d'excellents esprits se sont prononcés dans un sens opposé. Leur système repose sur un argument unique qui leur paraît irréfutable. L'article 860, disent-ils, veut que lorsqu'un immeuble donné à un successible a été aliéné par celui-ci, le tiers détenteur ne soit pas inquiété pour cause de rapport, et qu'il ne puisse être évincé qu'en cas de réduction. Donc, ajoutent-ils, et par identité de raison, le tiers cessionnaire d'une obligation consentie à titre de libéralité par un père de famille au profit de l'un de ses enfants, doit conserver sa créance malgré l'adition d'hérédité; car il n'y a aucune différence entre sa position et celle de l'acheteur d'un immeuble donné.

C'est à notre avis une grave erreur, et pour s'en convaincre, il n'y a qu'à rechercher les motifs sur lesquels se fonde l'article 860.

«En principe, dit M. Demolombe, le propriétaire qui n'avait qu'une propriété résoluble n'aurait pu transmettre l'immeuble que sous cette condition. Pourquoi le législateur en a-t-il décidé autrement? Pourquoi a-t-il maintenu la vente et dispensé du rapport en nature? C'est afin de ne pas mettre hors de la circulation les immeubles en si grand nombre qui peuvent se trouver dans ce cas. Une exception semblable existait déjà dans l'ancien droit, et le législateur moderne la trouvant toute faite, l'a acceptée sans trop approfondir. »

Mais cette disposition tout exceptionnelle peut-elle être appliquée aux simples créances? La négative nous paraît certaine; d'abord parce qu'une exception ne s'étend pas d'un cas à un autre, et ensuite parce qu'il y a dans le Code un texte formel qui exclut l'assimilation. Un héritier, au lieu de vendre le fonds qu'il avait reçu par donation entre-

Digitized by Google

vifs, s'est contenté de le grever d'hypothèques. Voilà bien un tiers nanti d'un droit réel sur les immeubles de la succession. Si le raisonnement que nous combattons était vrai, ce droit réel n'étant plus entre les mains de l'héritier, étant devenu la propriété d'un tiers, serait désormais à l'abri du rapport. Il n'en est rien cependant, car selon l'article 865, lorsque le rapport se fait en nature, les biens se réunissent à la masse, *francs et quittes de toute charge* créée par le donataire; les créanciers ayant hypothèque peuvent seulement intervenir au partage pour s'opposer à ce qu'il se fasse *en fraude de leurs droits.*

Voilà donc la différence que l'on disait chercher en vain parfaitement établie par le législateur lui-même. Est-il question d'un immeuble aliéné par le donataire, le tiers détenteur est maintenu en possession et le rapport ne se fait qu'en moins prenant, sauf le cas de réduction, afin de ne point entraver la transmission de la propriété foncière. S'agit-il, au contraire, d'une hypothèque *constituée*, ou ce qui est la même chose, *transmise* par le donataire, l'obligation du rapport l'efface entièrement et le créancier n'a d'autre sauvegarde que son intervention au partage conformément à l'article 882.

On oppose que la créance du successible n'est pas une simple perspective plus ou moins incertaine, mais un droit actuel liant irrévocablement le donateur. Cela est vrai, mais la conclusion qu'on en tire est inexacte. Sans doute la donation entre-vifs, même à un successible en ligne directe, constitue à son profit un droit actuel; elle l'investit immédiatement de la propriété, mais il faut ajouter que ce droit est soumis à une éventualité d'où peut résulter son extinction absolue. La loi a pris soin de nous en avertir; aux termes de l'article 843, tout ce qui a été reçu de l'auteur commun directement ou indirectement est sujet à rapport à l'ouverture de la succession. Ainsi toute libéralité, quelle que soit sa dénomination et sa forme, doit être rendue à la masse, parce que toutes sont résolues par l'ouverture de la succession. Vainement on s'attache à mettre en relief le caractère irrévocable de la donation entre-vifs; on oublie la qualité du donataire; cette qualité fait qu'à son égard une donation qui serait pour tout autre pure et simple, est essen-

Digitized by Google

tiellement conditionnelle et la question demeure entière de savoir si un don résoluble à l'égard du donataire immédiat, change de nature par cela seul qu'il est transmis à un tiers. Or, s'il est un principe incontestable, c'est que le cessionnaire est l'image du cédant et n'a pas en général plus de droits que lui.

Ce qu'il faudrait trouver pour conférer un droit nouveau au créancier, ce serait un lien qui le rattachât directement à la personne du donateur. Aussi cherche-t-on à se prévaloir pour cela de la notification du transport faite au père de famille. Mais cette notification peut-elle changer contre le gré de l'une des parties la situation primitive? Le donateur s'était obligé au payement d'une certaine somme à prendre sur les biens présents dès que sa succession serait ouverte. Mais cette libéralité était subordonnée par la loi elle-même à la condition que le donataire ne se présenterait pas comme héritier. Le donataire ne pouvait par aucun moyen éluder cette condition impérieuse, et s'il ne le pouvait pour lui-même, comment l'aurait-il pu pour un tiers? Le cessionnaire a bien eu la faculté de notifier le transport, mais après cet acte, la créance est demeurée ce qu'elle était auparavant, un droit résoluble dans le cas prévu par la loi.

Comment peut-on imaginer que le tiers est devenu par la notification créancier direct du donateur et par suite de sa succession? En notifiant son titre, le tiers s'est mis à la place du cédant; il est devenu créancier aux mêmes conditions, c'est-à-dire à la charge d'une répudiation d'hérédité, sans laquelle la créance devait s'éteindre en quelques mains qu'elle se trouvât.

On ajoute encore : Les clauses du partage ne lient que les héritiers et restent étrangères aux tiers nantis de droits directs sur la succession. C'est toujours le même sophisme, il vient se heurter contre cette réponse péremptoire : Le donateur n'avait engagé son patrimoine vis-à-vis du donataire ou de ses ayants cause que sous la condition textuellement suppléée par la loi, qu'il n'y aurait pas adition d'hérédité; la condition manquant, le droit s'évanouit envers et contre tous.

La Cour de cassation a rendu deux arrêts, dont l'un, à notre avis, est aussi explicite que possible en faveur de

Digitized by Google

notre opinion, et dont le second n'est invoqué contre nous que par suite d'une confusion facile à dissiper. Le premier est du 19 juin 1849 (S. 49. 1. 392). En voici l'espèce : Une dame de Rougeville avait reçu de sa mère, Mme de Montperat, une dot de 10,000 fr. payable au décès de la donatrice. La dame de Rougeville constitua plus tard la même somme à sa fille, Mme Malescau. La dame de Monparat étant décédée, la dame Malescau demanda le payement des 10,000 fr. comme créancière du chef de la dame de Rougeville. On lui répondit qu'elle ne pouvait avoir plus de droit que sa mère, que celle-ci ayant accepté la succession de la dame Montperat, la donation se trouvait résolue, et que la résolution atteignait la cessionnaire comme elle aurait frappé la cédante.

La question qui nous occupe était donc nettement posée; la Cour la jugea dans les termes suivants: « Attendu que la dame de Rougeville n'aurait été créancière de la succession de sa mère qu'en abdiquant sa qualité d'héritière; qu'ayant, au contraire, accepté la succession, elle avait perdu sa qualité de donataire, et que les droits dont elle avait fait cession à sa fille s'évanouissaient comme les siens; que tout ce qui lui restait, c'était la faculté de se faire payer par la cédante sur le lot que celle-ci pourrait obtenir dans le partage. »

Il semble difficile de mieux mettre en relief les principes que nous avons développés sur la résolution opérée de plein droit par l'adition d'hérédité, même à l'égard des tiers cessionnaires.

On essayerait en vain de jeter du louche sur la doctrine consacrée par cet arrêt, en faisant observer qu'il s'agissait d'un *avancement d'hoirie* exigible seulement au décès de la donatrice. Toute libéralité en ligne directe est un avancement d'hoirie par cela seul qu'elle n'est pas dispensée du rapport. Mais elle ne perd point pour cela son caractère de donation entre-vifs; elle est seulement résoluble par l'adition d'hérédité. Quant au terme du payement, reculé jusqu'au décès de la donatrice, il n'empêchait pas la donation de conférer un droit actuel auquel la disposante ne pouvait plus porter atteinte.

Voici maintenant le second arrêt qu'appellent à leur aide

Digitized by Google

nos contradicteurs : Bléville père avait donné à son fils 14,000 francs payables à son décés et garantis par une hypothèque. Le donataire cède la créance à un sieur Dumanoir qui fait notifier le transport au père. Celui-ci meurt. Le fils *recueille les immeubles hypothéqués*, mais il prétend que par son adition d'hérédité, l'hypothèque qu'il avait consentie s'est éteinte et qu'il a pu en conférer une nouvelle à un autre créancier au détriment de Dumanoir. Cette prétention était aussi inique qu'illégale, et la Cour suprême l'a justement condamnée. Bléville fils avait pris inscription sur les immeubles de son père pour sûreté de la donation. Il avait cédé à Dumanoir sa créance et son inscription. Plus tard, en qualité d'héritier, il se trouvait en possession des biens hypothéqués. Comment aurait-il pu les soustraire à une affectation dont il les avait chargés lui-même? Si l'arrêt porte que par la notification du transport Dumanoir était devenu créancier direct du donateur, il a soin d'ajouter qu'il l'est devenu au même titre que son cédant, c'est-à-dire à un titre essentiellement résoluble au cas d'adition d'hérédité.

Pourquoi donc l'hypothèque de Dumanoir a-t-elle été maintenue? Il est facile de l'expliquer. L'acceptation de la succession aurait résolu la donation entre-vifs, mais au profit de qui? En faveur des cohéritiers de Bléville fils, s'il en avait eu (car il ne paraît même pas qu'il en eût). Eux seuls, en effet, auraient eu droit au rapport. Mais quand il n'y a point de cohéritiers, ou même lorsqu'il y en a, si le partage laisse aux mains du cédant les immeubles grevés de l'hypothèque par lui transmise, il est bien évident qu'il ne peut par son fait s'affranchir de la garantie à laquelle la cession le soumet. L'art. 865 dit bien que si l'immeuble donné à un successible a été par lui grevé d'hypothèque, il revient à la masse affranchi des droits des tiers; mais tout le monde est d'accord pour reconnaître que si cet immeuble échoit, en vertu du partage, à l'héritier qui l'avait hypothéqué, les droits des tiers reprennent toute leur force et sont réputés n'avoir jamais été suspendus. C'est le même principe de justice qui oblige le vendeur de la chose d'autrui à la livrer à l'acheteur de bonne foi, s'il en est devenu propriétaire à un titre quelconque.

Pothier disait avec raison : Lorsque l'héritage rapporté à la masse est tombé dans le lot de l'héritier qui en avait fait

Digitized by Google

le rapport, il est censé avoir toujours continué de lui appartenir et les charges dont il avait été grevé avant l'ouverture de la succession sont maintenant au profit des tiers. Cette doctrine est approuvée par les auteurs et par la jurisprudence modernes. (Voir notamment Aubry et Rau, t. V, p. 339. — Duvergier sur Toullier, t. II, n° 511. — Demolombe, *Successions*, t. IV, p. 626. — Caen, 12 novembre 1823.) Les deux motifs sur lesquels l'arrêt de Caen se fonde sont : 1° Que d'après l'article 883 le copartageant est censé avoir succédé seul à l'immeuble qui lui est échu, et 2° que la résolution résultant de l'adition d'hérédité n'est que conditionnelle, c'est-à-dire subordonnée à l'événement du partage.

Voilà le véritable sens de l'arrêt de la Cour suprême qu'on nous oppose. Il suffit de le lire avec attention pour voir qu'il n'y est pas question de prétentions élevées par le cessionnaire d'un cohéritier contre la succession, mais uniquement d'un droit réclamé par un créancier contre son cédant sur des immeubles détenus par celui-ci et affectés par lui-même à la sûreté de la dette.

II

Lorsque d'après l'article 49 de la loi du 18 juillet 1837, un contribuable a été autorisé à exercer les droits d'une commune, et qu'il a intenté son action, la commune peut-elle arrêter l'instance en transigeant avec le défendeur?

Pour résoudre cette question, il est indispensable de bien préciser le but que s'est proposé le législateur en conférant à de simples particuliers le droit de plaider pour le corps moral. Si l'on consulte l'exposé des motifs, les divers rapports et les débats des deux Chambres, on voit qu'on eut dessein de protéger les intérêts du petit nombre contre le caprice ou le mauvais vouloir de la majorité.

Il pouvait arriver, en effet, que malgré le préjudice notable dont les prétentions injustes d'un tiers menaceraient un groupe d'habitants, le conseil municipal ne jugeât pas opportun d'engager la commune dans une lutte judiciaire. Les particuliers lésés devaient-ils souffrir en silence? Fallait-il que l'autorité supérieure obligeât la commune à courir les chances d'un litige qui lui répugnait? On s'arrêta à un moyen terme très-ra-

Digitized by Google

tionnel. Tout contribuable fut déclaré apte à exercer le droit communal, mais à ses périls et risques et sous le contrôle du conseil de préfecture chargé de prévenir par un refus d'autorisation, les contestations futiles ou vexatoires. La situation est donc nettement dessinée : d'une part, une commune qui ne veut pas entrer en procès, et de l'autre un contribuable que la loi autorise à *plaider pour elle, malgré elle.*

Mais s'il en est ainsi, comment comprendre que la commune contrainte par la loi de suivre une contestation dont elle ne voulait à aucun prix, demeure libre d'y mettre un terme aussitôt qu'elle le voudra, sous couleur de transaction? Comment admettre que l'omnipotence abusive contre laquelle la loi a voulu instituer une sauvegarde, puisse reprendre un libre cours sous un prétexte plus ou moins spécieux. Mieux valait mille fois ne pas bercer le contribuable d'un vain espoir en lui permettant de faire valoir lui-même le droit abandonné par l'autorité municipale; il n'aurait perdu que sa part dans l'intérêt collectif, tandis qu'il est exposé à perdre de plus par le caprice de la majorité, ses démarches, ses soins, ses faux frais et même les dépens ordinaires, car aucun texte n'ordonne de les lui rembourser en cas de transaction.

Sous un autre rapport, la transaction contre le gré du contribuable nous semble également inadmissible. Pour transiger, il faut que toutes les parties en cause donnent leur consentement. Quelle est ici la partie principale? Le contribuable sans aucun doute. C'est lui qui agit; la commune n'est que partie-jointe. (V. dans ce sens une note excellente, à la suite d'un arrêt de cassation, S. 1856, I, 210.) Comment comprendre une instance éteinte par transaction contre le gré de la partie principale?

L'économie de la loi mise en lumière par la jurisprudence confirme notre théorie. L'article 49 veut que la commune habilitée à plaider en première instance, obtienne une deuxième autorisation pour interjeter appel. La raison en est évidente. L'état du litige peut avoir changé par suite de l'instruction faite devant le tribunal; des titres ignorés, des moyens d'abord inaperçus peuvent avoir été produits; le jugement qui condamne la commune est d'ailleurs un précédent grave qui motive suffisamment un nouvel examen. Aussi les prescriptions de la loi à cet égard n'ont-elles soulevé ni

Digitized by Google

doutes ni objections. Mais toutes ces considérations s'évanouissent quand il s'agit d'un contribuable admis à exercer à *ses périls et risques*, les droits de la commune. La jurisprudence constante de la Cour suprême reconnaît qu'il peut épuiser toutes les voies de recours, sans avoir besoin de faire renouveler son autorisation.

On disait cependant en faveur du système opposé : Ne pourrait-il pas arriver que malgré le succès obtenu devant les premiers juges, l'adversaire de la commune fît ou acceptât des propositions d'accommodement par ménagement pour l'opinion publique? Ne serait-il pas exorbitant que le contribuable pût les repousser et continuer le procès sans avoir à consulter ni la municipalité, ni l'autorité supérieure? Ne conviendrait-il pas qu'il y eût *un temps d'arrêt durant lequel le conseil de préfecture examinerait s'il y avait lieu de terminer la lutte?* C'est contrairement à ces observations que *la liberté absolue* du contribuable de mener la contestation jusqu'à son dernier terme a été proclamée. On a donc rejeté aussi clairement que possible la faculté revendiquée pour les communes de mettre fin au litige par une transaction contre le gré du contribuable.

Voyons maintenant une à une les objections qu'on nous oppose. On nous dit : A qui appartient le droit contesté? A la commune sans doute. Or, n'est-il pas de principe que tout ayant droit peut transiger sur un procès dans lequel il se trouve engagé, sauf à remplir les formalités prescrites en certain cas par le législateur?

Il est vrai; le droit, s'il existe, appartient à la commune. Mais s'ensuit-il qu'elle puisse l'abandonner en tout ou en partie? Nullement. Pourquoi? Parce qu'elle n'en a plus la libre disposition. C'est au contribuable que l'exercice du droit a été transféré par la loi; et cela d'une manière tellement irrévocable que ni la commune, ni le conseil de préfecture, ni le Conseil d'État ne peuvent enrayer le cours de son action. Nous en avons dit le motif : La majorité du conseil municipal aurait pu par son inertie mettre en souffrance des intérêts respectables. La défense de ces intérêts a dû être remise en d'autres mains; le contribuable ainsi nanti du droit d'ester en justice ne devait plus pouvoir en être dépouillé; c'est un droit acquis qui lui devient personnel et

Digitized by Google

qui n'a plus désormais pour arbitre que les tribunaux auxquels la connaissance en a été déférée. Il n'est donc ni étonnant ni anormal que ce droit ne puisse être paralysé par le mauvais vouloir de la commune. Ainsi tout consiste à distinguer le *droit* en lui-même de l'*exercice* du droit. Le droit reste à la commune, mais l'exercice lui en a été définitivement enlevé. De là son rôle dans l'instance. Elle est nécessairement mise en cause, parce que le droit lui appartient; elle peut, si son opposition a fléchi, aider le contribuable de ses efforts, produire des titres inconnus, invoquer des moyens nouveaux; tout cela découle naturellement de l'idée que l'objet du litige est à elle, et que le gain du procès tournera à son profit; mais elle ne pourrait prendre des conclusions contraires à celles du contribuable et se liguer avec le défendeur, car ce serait contredire ouvertement la décision de l'autorité supérieure qui a permis au contribuable de plaider à sa place.

On insiste cependant sur l'inconvénient qu'il pourrait y avoir à laisser le contribuable maître absolu de poursuivre l'instance et de faire perdre à la commune, par pure obstination, l'occasion d'un arrangement profitable qui lui serait offert.

L'argument a quelque chose de spécieux, mais il manque de solidité.

Le contribuable n'a pu agir sans autorisation. Il n'a été autorisé qu'après un examen approfondi du droit qu'il offrait de poursuivre, des chances favorables de son action et de sa solvabilité qui devait garantir la commune contre toute éventualité fâcheuse. Cet examen a dû être d'autant plus attentif que la commune, dont le contribuable cherchait à vaincre l'inertie, a fourni ses observations; que si la décision du conseil de préfecture lui a paru contestable, elle a pu se pourvoir au Conseil d'État et déduire devant cette haute juridiction tous les motifs de sa résistance, et lorsque après une telle instruction, l'autorisation de plaider a été accordée, il serait possible d'alléguer encore l'omnipotence capricieuse du contribuable? Cela n'est pas sérieux.

Mais, dit-on, quel danger y aurait-il à permettre la transaction? Elle ne pourrait s'accomplir que sous le contrôle du conseil de préfecture. Ne serait-ce pas une garantie plus que suffisante de son opportunité?

Digitized by Google

La réponse s'offre d'elle-même à l'esprit. Le conseil de préfecture a été consulté quand le contribuable a demandé à plaider au nom de la commune. C'est alors qu'il a dû examiner mûrement toutes les raisons pour et contre l'instance projetée, et s'il s'est prononcé en faveur du procès, peut-il lui être permis de décider le contraire à quelques jours d'intervalle? On le comprendrait si les choses étaient entières. Ce serait un acte de tutelle rectifié en temps utile. Mais il n'en est pas ainsi; un nouvel intérêt a été mis en jeu; la minorité des habitants représentée par le contribuable a été autorisée à soutenir à ses frais devant les tribunaux le droit collectif déserté par la majorité. C'est d'après la décision du conseil de préfecture lui-même et quelquefois du Conseil d'État que la question a été soumise aux tribunaux, et il serait permis de la leur enlever! Ne serait-ce pas méconnaître tous les principes relatifs aux effets des décisions contradictoires et à la séparation des pouvoirs?

Pourquoi, d'ailleurs, le conseil de préfecture approuverait-il la transaction? Le droit de la commune lui avait paru au moins spécieux, puisqu'il avait autorisé le contribuable à le soutenir. Quel changement peut être survenu depuis? Le défendeur a-t-il découvert des moyens péremptoires ignorés jusque-là? Mais le contribuable, sur qui doivent peser tous les ennuis et tous les frais du procès, sera heureux de s'y soustraire par un accommodement. S'il résiste cependant, tandis que son adversaire recule, c'est que sa cause n'a pas cessé d'être bonne et que la transaction n'a probablement qu'un but : profiter des dispositions de la majorité toujours hostile au procès, pour frustrer la commune d'une partie de ses droits.

Ainsi, au point de vue légal, la transaction n'est pas permise contre le gré du contribuable qui a régulièrement introduit l'instance. En fait, elle ne serait, le plus souvent, qu'un acte de connivence de la majorité du conseil municipal au préjudice de la communauté.

Une deuxième question s'est présentée dans une affaire de cette nature. Une commune sur le point d'entreprendre un procès avait reçu une proposition d'accommodement. Trois jurisconsultes appelés à donner leur avis, conformément à l'arrêté du 21 frimaire an XII, s'étaient montrés favorables

Digitized by Google

au projet; le préfet, au contraire, l'avait repoussé, et le Conseil d'État avait maintenu sa décision. Un contribuable, dûment autorisé, se pourvut devant l'autorité judiciaire pour faire reconnaître le droit de la commune. Un seconde transaction fut alors proposée par le défendeur; la commune l'agréa et le préfet, en conseil de préfecture, la revêtit de son approbation, sans nouvelle consultation d'avocats. Sur la demande en nullité de la transaction portée devant les tribunaux, on discuta la question de savoir si l'avis des jurisconsultes, délivré en vue du premier projet, pouvait servir pour le deuxième. On reconnaissait unanimement que, selon l'esprit de la loi, la formalité était prescrite à peine de nullité, une ordonnance du Conseil d'État du 18 janvier 1813 et un arrêt de cassation du 31 janvier 1837, S. 37, I, 897, ne laissant aucun doute à cet égard. Mais on disait, pour établir la régularité de la procédure : Une consultation a été donnée à l'occasion du premier projet dont elle proposait l'acceptation. Le deuxième projet est plus avantageux à la commune. Donc les juristes consultés l'auraient approuvé de plus fort, et il était superflu de demander leur avis. A vrai dire, d'ailleurs, il n'y a qu'un seul projet en deux éditions, et la consultation s'applique à l'un et à l'autre.

Il serait difficile d'abuser plus étrangement de la dialectique. Il y avait eu un premier projet, suivi d'une consultation. Jusque-là tout était régulier. Mais ce projet avait été *mis à néant*. Comment la consultation qui n'en était qu'un accessoire aurait-elle survécu?

Chaque procédure doit avoir ses éléments propres, et après l'échec d'une première demande, si une nouvelle instance est formée, on doit remplir *exprès pour celle-ci* toutes les formalités prescrites par la loi.

On dit vainement que les jurisconsultes s'étant montrés favorables dès l'abord, l'eussent été certainement encore puisque les conditions étaient devenues meilleures. Il ne s'agissait pas de *conjecturer* quelle eût été *vraisemblablement* leur opinion, mais de la constater par un acte spécial émané d'eux, et cela à peine de nullité.

Cette supposition d'ailleurs, si étrangement substituée au fait positif d'une délibération, était on ne peut plus contestable. Le premier projet avait été repoussé par l'administra-

Digitized by Google

tion supérieure comme onéreux, malgré l'avis des jurisconsultes qui le déclaraient profitable. Une deuxième proposition était faite ; elle offrait, disait-on, quelques avantages de plus. Mais ces avantages étaient-ils assez importants pour que l'administration dût revenir sur son refus? C'était le point tout à fait nouveau sur lequel l'attention des juristes devait être appelée. Il y avait donc matière à un examen sérieux, et nul prétexte pour supprimer la consultation requise par la loi.

L'identité de position n'existait même pas; lors du premier projet, la commune devait ou accepter la transaction, ou plaider *à ses frais*. Au moment du second, des contribuables plaidaient pour elle et la mettaient à l'abri de toute éventualité onéreuse. Avant d'intenter l'action à leurs périls et risques, les demandeurs avaient dû étudier la cause avec plus de soin, se procurer tous les renseignements possibles, découvrir, peut-être, des titres ignorés. N'étaient-ce pas des motifs suffisants pour appeler de nouveau à délibérer les hommes spéciaux dont la loi a voulu que les communes prissent le conseil?

Ainsi, les circonstances particulières, examinées en détail, militaient pour une deuxième consultation.

Mais ce moyen était surabondant. Une chose est certaine : c'est qu'une transaction ne peut être consentie par une commune sans une consultation d'avocats. Sur quoi doit porter la consultation? Sur le traité même dont on poursuit la consommation et non sur un autre définitivement rejeté par l'autorité compétente. Cela doit être, surtout lorsque la situation est entièrement changée, que la commune a trouvé des défenseurs assumant sur leur tête toutes les conséquences dispendieuses du procès, et lui en laissant tous les bénéfices.

On faisait valoir un dernier argument qui peut se résumer ainsi : Le conseil municipal n'est pas lié par l'avis des jurisconsultes. Il peut le modifier. Donc il est inutile qu'il le demande une deuxième fois. Si cette objection avait quelque valeur, elle aboutirait à supprimer même la première consultation. La loi l'exige cependant, malgré la faculté réservée au conseil municipal de s'en écarter. Elle l'exige, parce que c'est une lumière destinée à éclairer la détermination du conseil, parce que c'est un élément important de l'instruc-

Digitized by Google

tion sur laquelle doit intervenir la décision définitive de l'autorité supérieure. Mais pour que la consultation réponde à la pensée du législateur, il faut qu'elle soit prise sur la proposition même qui doit être soumise aux deux conseils, et non sur une autre plus ou moins analogue et désormais hors de débat.

Nous ne croyons donc pas possible, à quelque subterfuge qu'on ait eu recours, qu'on pût se passer d'une consultation nouvelle pour un projet nouveau. H. LESPINASSE.

DE LA CRÉATION DE COMMUNES

PAR L'ÉRECTION DE SECTIONS EN COMMUNES.

Question sur la loi du 10 août 1871, art. 46, § 26.

Par M. E. Laferrière,
Maître des requêtes au Conseil d'État, commissaire du gouvernement près la section du contentieux.

I

Il arrive assez fréquemment que des sections de commune demandent à se séparer et à former des communes distinctes. Quelquefois aussi on juge convenable de créer un nouveau centre municipal en empruntant à deux communes voisines une partie de leur territoire. La loi n'accueille pas avec beaucoup de faveur ces modifications qui tendent à accroître le morcellement excessif de nos circonscriptions communales, à multiplier les rouages administratifs et à affaiblir, en la disséminant, la vie municipale déjà trop appauvrie. Elle n'oppose pas, cependant, une fin de non-recevoir absolue aux propositions que peuvent justifier de réelles nécessités locales; elle se borne à les soumettre à un contrôle sérieux, où l'État puisse trouver des garanties.

D'après le système établi par la loi du 18 juillet 1837, lorsque ces propositions se produisent, le préfet doit d'abord ordonner une enquête et provoquer l'avis des communautés intéressées. Cet avis est donné, au nom des communes, par les conseils municipaux assistés des plus imposés; au nom

Digitized by Google

des sections, par des commissions syndicales instituées à cet effet par arrêté préfectoral, et composées de membres élus par les électeurs municipaux domiciliés dans chaque section. Le conseil d'arrondissement, le conseil général sont également consultés.

Quand cette instruction a eu lieu, le droit de statuer appartient, selon les cas, à diverses autorités.

Si la création de la commune nouvelle doit avoir pour effet d'altérer la circonscription du département, de l'arrondissement ou du canton, elle ne peut être autorisée que par une loi, quelle que soit, d'ailleurs, l'unanimité des avis recueillis par l'instruction.

L'intervention du législateur est également requise, quand même nulle atteinte n'est portée à la configuration du département, de l'arrondissement ou du canton, si les corps électifs consultés manifestent des dissidences. Si, par exemple, le conseil général est en désaccord avec les conseils municipaux ou les commissions syndicales, ou bien si ces derniers diffèrent entre eux, c'est au législateur seul, d'après la loi de 1837, qu'il appartient de les départager.

Mais si l'accord existe entre tous les intéressés, et si la distraction proposée laisse intacte la circonscription cantonale, à qui appartient-il d'autoriser la création de la commune nouvelle? Ce n'est plus au législateur, car l'unanimité des avis fait présumer une solution facile, et il ne convient pas de mettre le pouvoir législatif en mouvement pour une tâche si aisée. A quelle autre autorité cette mission sera-t-elle donc dévolue? — Question très-simple en 1837, mais fort obscure en 1872.

En 1837, toute difficulté était levée par l'article 4 de la loi du 18 juillet qui donnait, dans ce cas, au gouvernement le droit de statuer par ordonnance. Mais, depuis lors, la loi du 24 juillet 1867 sur les conseils municipaux (art. 13) et la loi du 10 août 1871 sur les conseils généraux (art. 46, § 26) ont fait naître des difficultés sérieuses et provoqué dans l'interprétation de notables dissidences. Une année s'est à peine écoulée depuis la promulgation de la loi du 10 août, et déjà quatre solutions bien distinctes ont été successivement proposées : les deux premières par le ministère de l'intérieur, la troisième par la commission provisoire chargée de

Digitized by Google

remplacer le Conseil d'État et la quatrième par le Conseil d'État actuel.

Voici ces quatre solutions :

1° Par une circulaire du 20 octobre 1871, le ministre de l'intérieur reconnaît aux assemblées départementales le droit de statuer définitivement sur tout changement de circonscription des communes d'un même canton, lorsque les conseils municipaux sont d'accord, sans distinguer si le changement proposé doit entraîner ou non la création d'une commune nouvelle.

2° Par une seconde circulaire du 20 mars 1872, le ministre de l'intérieur rectifie cette interprétation et distingue, d'une part, les changement de tracé et les réunions de communes, et d'autre part les créations de communes nouvelles. Dans les deux premiers cas, il maintient la compétence des conseils généraux; mais, dans le cas de création de commune nouvelle, il ne leur réserve plus qu'un simple droit de délibération, et il attribue le droit de décision à l'une ou l'autre de ces trois autorités : le préfet, si tous les avis concordent; le gouvernement, si le conseil général émet un avis favorable et les conseils municipaux un avis défavorable; le législateur dans le cas inverse.

3° La commission provisoire chargée de remplacer le Conseil d'État, a écarté, par un avis du 20 juin 1872, la doctrine de cette seconde circulaire ministérielle et s'est ralliée à la première circulaire, celle du 20 octobre 1872. Elle a admis que le conseil général avait hérité des droits exercés par les préfets en vertu de l'article 13 de la loi du 24 juillet 1867, et que les « changements de circonscription » prévus par cet article et par l'article 46 de la loi de 1871 devaient aussi bien s'entendre des distractions de communes que des simples modifications de tracé.

4° Enfin, par un avis du 17 octobre 1872, le Conseil d'État écarte à la fois la doctrine des circulaires ministérielles et celle de la commission provisoire. Il admet bien avec cette dernière que le droit de décision ne peut, en aucun cas, appartenir au préfet, mais il refuse de l'attribuer au conseil général. Il admet bien aussi, avec la circulaire du 20 mars 1872, qu'il faut distinguer entre les simples changements de circonscription et les créations de communes nouvelles,

Digitized by Google

mais il en tire cette conséquence : que la création de communes nouvelles n'a été prévue ni par la loi de 1867 ni par celle de 1871, qu'elle continue d'être réglée par la loi de 1837, et que, par conséquent, le droit de décision n'appartient ni au préfet (qui ne l'a jamais légalement possédé), ni au conseil général (qui n'a pu le trouver dans l'héritage du préfet), mais bien au gouvernement ou au législateur, suivant les distinctions établies par l'article 4 de la loi du 18 juillet 1837.

On voit que le parti à prendre dans cette controverse compliquée dépend de la solution qu'on donne aux questions suivantes qui renferment toutes les autres.

1° L'article 13 de la loi du 24 juillet 1867 a-t-il abrogé l'article 4 de la loi du 18 juillet 1837 touchant les réunions ou distractions de communes? Plus spécialement, ces expressions de la loi de 1867 reproduites par la loi de 1871, « changements dans la circonscription des communes d'un même canton, » doivent-elles seulement s'entendre des changements de tracé, ou comprennent-elles aussi les créations ou suppressions de communes?

2° La loi du 10 août 1871 a-t-elle inauguré des distinctions nouvelles ou bien n'a-t-elle fait autre chose que de transférer aux conseils généraux les pouvoirs plus ou moins étendus que l'article 13 de la loi de 1867 conférait aux préfets?

L'histoire de la législation invoquée de part et d'autre peut seule nous permettre de répondre à ces questions. Nous allons la parcourir rapidement en marquant ses trois phases : 1837, 1867, 1871.

II

Le système de la loi de 1837 est déjà connu par l'exposé qui précède. Précisons-le mieux encore en transcrivant ici le texte de l'article 4 : — « Les réunions et distractions de communes qui modifieront la composition d'un département, d'un arrondissement ou d'un canton ne pourront être prononcées que par une loi. — Toutes autres réunions et distractions pourront être prononcées par ordonnance du roi en cas de consentement des conseils municipaux délibérant avec les plus imposés conformément à l'article 2 ci-dessus, et, à défaut de ce consentement pour les communes qui n'ont

Digitized by Google

pas 300 habitants, sur l'avis affirmatif du conseil général du département. — Dans tous les cas, il ne pourra être statué que par une loi. »

Il n'est pas douteux que ce texte s'applique à toutes les modifications possibles des circonscriptions communales. Qu'il s'agisse d'une suppression de commune résultant de son absorption par une commune voisine, ou bien d'une création de commune nouvelle par l'érection d'une section ou par la distraction de territoires empruntés à une ou plusieurs communes, qu'il s'agisse enfin d'une simple modification de tracé, les règles de l'article 4 restent les mêmes et reposent constamment sur cette double distinction : la circonscription cantonale est-elle ou non altérée? Les conseils municipaux sont-ils ou non d'accord [1]? Quant à la nature de la modification, elle ne change rien à la compétence, et l'on peut tenir pour certain que la distinction proposée entre les réunions ou distractions et les changements de limites, n'existait pas en 1837.

Ce premier point est intéressant à retenir; et, si nous trouvons dans les lois contemporaines de la législation de 1837 les mots : « changements de circonscriptions » sur lesquels on discute aujourd'hui, ils devront, de toute évidence, s'entendre également des « réunions ou distractions » visées par l'article 4, et embrasser toutes les opérations, tous les remaniements dont sont susceptibles les circonscriptions communales. Or, nous trouvons précisément ces mots dans la loi du 10 mai 1838 sur les attributions des conseils généraux ; l'article 6 porte en effet : « Le conseil général donnera son avis : 1° sur les *changements proposés à la circonscription du territoire* du département, des arrondissements, des cantons *et des communes* et à la désignation des chefs-lieux. » On peut donc affirmer que sous l'empire de la loi de 1837, les mots « changements de circonscription » étaient tout à fait généraux et comprenaient les créations de nouvelles communes. Nous verrons bientôt s'ils ont changé de sens et si leur portée a été limitée par des textes ulté-

[1] Nous négligeons, désormais, pour éviter toute complication inutile, la sous-distinction fondée sur le chiffre de la population, selon que la commune compte plus ou moins de 300 habitants.

Digitized by Google

rieurs. Ajoutons que nulle contestation ne s'est élevée, pendant une pratique de trente années, sur l'interprétation de l'article 4 et sur l'étendue des cas qu'il a prévus. La procédure est restée la même, qu'il s'agît de changements de tracé, de réunions ou de distrations. Une innovation aurait été possible en 1852, lorsque de nombreuses attributions du pouvoir central ont été transférées aux préfets par le décret de décentralisation; mais l'article 1er de ce décret nous avertit immédiatement que rien n'a été innové, à cette époque, sur la matière qui nous occupe : « Les préfets, dit-il, continueront de soumettre à la décision du ministre de l'intérieur les affaires départementales et communales qui affectent directement l'intérêt général de l'État, telles que... *les délimitations territoriales.* » Aussi la pratique administrative n'a-t-elle révélé, de 1852 à 1867, aucune modification de la jurisprudence antérieure, aucun retour sur l'interprétation reçue de la loi de 1837.

Survient la loi du 24 juillet 1867. Lisons avec soin son article 13 qui occupe une si grande place dans la controverse. Il est ainsi conçu : — « *Les changements dans les circonscriptions territoriales des communes* faisant partie d'un même canton sont définitivement approuvés par les préfets après accomplissement des formalités prévues au titre 1er de la loi du 18 juillet 1837, en cas de consentement des conseils municipaux et sur avis conforme du conseil général. Si l'avis du conseil général est contraire ou si *les changements proposés dans les circonscriptions communales* modifient la composition d'un département, d'un arrondissement ou d'un canton, il est statué par une loi. *Tous autres changements dans la circonscription territoriale des communes* sont autorisés par des décrets rendus dans la forme des règlements d'administration publique. »

A première lecture, ce texte ne déroge que sur deux points au régime de 1837. Il fait d'abord ce qu'aurait pu faire quinze ans plus tôt le décret de décentralisation, il transfère du pouvoir central au préfet le droit de statuer sur les changements proposés lorsqu'ils n'affectent pas la circonscription cantonale et que toutes les parties sont d'accord; il substitue, pour ce cas, un arrêté préfectoral à l'ordonnance exigée par la loi de 1837. En second lieu, il autorise le gou-

Digitized by Google

vernement à statuer au lieu et place du législateur, lorsqu'il y a dissidence des conseils municipaux et consentement du conseil général, c'est-à-dire qu'il généralise la règle que la loi de 1837 n'avait admise que pour les communes de moins de trois cents habitants. Telles sont les deux réformes que consacre clairement la loi de 1867.

En consacre-t-elle une troisième qui serait beaucoup plus importante? Distingue-t-elle, ainsi qu'on l'a prétendu, les réunions ou distractions de communes des simples modifications de tracé ?

Explicitement, non sans doute, car le texte reproduit plus haut est muet sur cette distinction. Mais cette nuance est-elle autrement indiquée? L'article 13 emploie-t-il, pour caractériser les modifications qu'il prévoit, des mots choisis et pesés avec soin, de manière à distinguer entre eux les divers remaniements qui peuvent s'opérer dans l'intérieur du canton? Ce serait, à coup sûr, un procédé subtil ! Vérifions cependant les termes qu'il emploie : « *changements dans la circonscription territoriale* des communes faisant partie d'un même canton; » plus loin : « *changements proposés dans les circonscriptions communales*, » voilà ce que nous lisons dans l'article 13 pour caractériser les modifications qu'il réglemente. Quelles innovations imprévues, quelles distinctions mystérieuses peuvent donc se cacher sous ces expressions? Ne sont-ce pas précisément celles dont se servait la loi de 1838 pour les remaniements prévus par l'article 4 de la loi de 1837, et, en première ligne, pour *les réunions et distractions de communes?* Dès lors, comment ces mots ont-ils pu perdre, en 1867, le sens qu'ils avaient en 1838 et qu'on leur avait conservé pendant trente ans? Comment le Conseil d'État qui avait préparé la loi, qui avait rédigé l'article 13 tel que le Corps législatif l'a voté et qui connaissait certainement la législation et la pratique administrative antérieures, a-t-il pu concevoir cette idée singulière de créer une distinction inusitée jusqu'à ce jour, en employant exactement les expressions qui, pendant trente ans, avaient servi à la proscrire? On conviendra que cette hypothèse heurte toutes les vraisemblances et qu'il est impossible de l'admettre à la légère.

Mais ici se place un incident législatif qui mérite d'être

Digitized by Google

médité, car il paraît indiquer que l'idée de cette distinction, étrangère aux auteurs du projet de loi, a peut-être été accueillie par certains membres du Corps législatif.

Lors de la discussion de l'article 13, un député, M. Morin, demanda si ce texte s'appliquait seulement au cas où les limites respectives des communes seraient modifiées, ou s'il s'appliquait aussi au cas où il y aurait division d'une commune. « Dans ce dernier cas, dit-il, l'article 13 n'offrirait pas de garanties suffisantes. Une division de commune est une chose très-grave, il y a dissémination des forces, des ressources et des intelligences, et, de plus, il y a un intérêt non-seulement départemental, mais un intérêt national; l'État enfin est intéressé dans la question, car, chaque fois que vous créez une commune nouvelle, évidemment ce sont des dépenses de plus que vous mettez à la charge de l'État. Je crois donc qu'*on ne doit jamais permettre une division de commune sans une loi* qui vienne la santionner. » M. Morin posait ainsi très-nettement la question entre les changements de tracé et les créations de commune; la commission aurait pu lui répondre que cette distinction n'était pas sans valeur, mais qu'on ne l'avait jamais faite, que l'article 13 n'en tenait pas plus compte que la loi de 1837 et que, si M. Morin désirait la faire consacrer, il devait déposer un amendement en ce sens. Mais, au lieu de faire cette observation toute naturelle, voici ce que répondit la commission par l'organe d'un de ses membres, M. Plichon[1] : « L'article 13 ne déroge en rien aux dispositions de la loi de 1837 relative aux distractions de sections de communes. Les garanties qui sont stipulées à cet égard dans la loi de 1837 subsistent dans leur intégrité. La disposition de l'article 13 n'a qu'un seul but, supprimer certaines formalités de procédure *relatives aux délimitations nouvelles* que peuvent réclamer certaines communes. »

M. Morin se déclara satisfait, et l'article fut voté.

Il n'est pas douteux que M. Plichon avait ainsi admis la distinction proposée par M. Morin, mais il n'est pas douteux non plus qu'il avait compris l'article 13 autrement que les ré-

[1] Le rapporteur était M. Sénéca, qui ne fut point entendu dans cet incident.

Digitized by Google

dacteurs du projet de loi, et même autrement que le rapporteur. Nous lisons, en effet, dans le rapport de M. Sénéca : « Si l'avis du conseil général est contraire, ou si la modification de la circonscription d'une commune doit changer la circonscription d'un canton, d'un arrondissement ou d'un département, il doit être statué par une loi... *Pour tous les autres changements*, c'est-à-dire lorsqu'il ne s'agira que de *circonscriptions de communes* et que l'avis du conseil général est conforme, *quels que soient les dissentiments locaux*, il sera statué par décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique. » Ce passage du rapport prouve bien qu'en 1867 comme en 1837, toutes les fois que le changement n'affecte pas la circonscription cantonale, la compétence doit uniquement se régler d'après l'accord ou la résistance des intéressés et non d'après la nature du remaniement proposé. Le rapporteur, en effet, parle d'abord des modifications qui affectent la circonscription cantonale, puis de *tous les autres changements*, c'est-à-dire de tous les remaniements opérés dans l'intérieur du canton, distractions, réunions ou simples rectifications de limites.

Il s'est donc produit un malentendu des plus graves entre les différents auteurs de la loi. Le Conseil d'État, le rapporteur, et probablement la majorité de la commission, ont compris l'article 13 d'une certaine façon; M. Plichon, membre de cette commission, le député qui l'a interpellé et ceux qui ont émis leur vote après les avoir entendus, ont compris ce même article d'une façon toute différente. Comment dégager de cette équivoque le véritable sens du texte en discussion? Qui doit l'emporter de ceux qui ont préparé la loi ou de ceux qui l'ont votée? C'est une question bien délicate, et voici un nouvel incident qui la complique encore davantage.

Une troisième autorité apparaît, en effet, après le vote de la loi: c'est le ministre de l'intérieur. Appelé à commenter officiellement l'article 13, il laisse complétement de côté l'incident Plichon; il se préoccupe exclusivement, dans sa circulaire, du sens visible de la loi, des précédents administratifs qui semblent le confirmer, et voici ce qu'il écrit aux préfets le 3 août 1867, immédiatement après la promulgation : « Il n'y a pas lieu de distinguer si le projet consiste à distraire une section, soit pour la réunir à une autre commune,

Digitized by Google

soit pour l'ériger en municipalité distincte ou à réunir ensemble plusieurs communes. L'assentiment du conseil municipal assisté des plus imposés et l'avis du conseil général suffisent pour rendre le préfet compétent. » Cette interprétation a constamment prévalu dans la pratique, et c'est en présence de cette jurisprudence non contredite qu'a été faite la loi du 10 août 1871, dont l'article 46 est ainsi conçu : « Le conseil général statue définitivement sur les objets ci-après désignés : ... 26° *changements à la circonscription des communes* d'un même canton et à la désignation de leurs chefs-lieux, lorsqu'il y a accord entre les conseils municipaux. » A-t-il alors été question de la contradiction que nous venons d'indiquer entre l'interprétation de M. Plichon et celle du ministère de l'intérieur? S'est-on préoccupé de définir à nouveau, soit dans le rapport, soit au cours de la discussion, les mots « changements à la circonscription des communes, » textuellement empruntés à la loi de 1867? A-t-on fait ou proposé des distinctions entre les créations de communes et les modifications de tracé? En aucune façon. Le rapport mentionne, au contraire, que le § 26 n'a eu d'autre but que d'investir le conseil général d'un droit précédemment exercé par l'autorité préfectorale.

Quant à la discussion, voici le seul incident qu'elle révèle. Un membre de l'Assemblée, M. de Vinois, proposa de placer dans les attributions du conseil général, non-seulement les changements à opérer dans l'intérieur du même canton, mais encore ceux qui pouvaient affecter le canton ou l'arrondissement. La commission résista et déclara, par l'organe de son rapporteur, M. Waddington, qu'elle entendait maintenir la législation antérieure toutes les fois que l'intégrité du canton serait en question. L'Assemblée consultée rejeta l'amendement de M. de Vinois, et le § 26 ne donna lieu à aucune autre observation.

Telles sont les différentes phases que la législation a traversées. Après les avoir exposées, nous pourrions peut-être nous dispenser de conclure, car la solution cherchée se dégage avec évidence des documents que nous venons de parcourir. Soumettons cependant à leur contrôle les diverses solutions officielles entre lesquelles nous avons à choisir.

Digitized by Google

III

Écartons d'abord, sans hésiter, la compétence du préfet, si nettement supprimée par la loi de 1871, et rétablie d'une manière si inattendue par la circulaire rectificative du 20 mars 1872. Le Conseil d'État et la commission provisoire sont d'accord pour reconnaître que la loi du 10 août 1871 a transporté au conseil général les pouvoirs que donnait au préfet l'article 13 de la loi de la loi de 1867.

Voici comment s'exprime sur ce point, avec une indiscutable autorité, l'avis du 17 octobre 1872 :

« Considérant que l'article 46, § 26, de la loi du 10 août 1872 confère au conseil général « le droit de statuer définitivement sur les changements à la circonscription des communes d'un même canton, lorsqu'il y a accord entre les « conseils municipaux ; » que si l'on compare cet article avec la disposition du premier alinéa de l'article 13 de la loi de 1867, dont les termes sont identiques, il est manifeste que la loi de 1871 a voulu purement et simplement transporter au conseil général les pouvoirs dont la loi de 1867 investissait le préfet; que c'est ce que déclarait une première circulaire ministérielle en date du 20 octobre 1871, où on lit : « Le « § 26 transfère au conseil général le droit qui, d'après la « loi du 24 juillet 1867, appartenait aux préfets, sur l'avis « conforme des conseils généraux, de modifier la circonscription des communes d'un même canton; »

« Considérant qu'une seconde circulaire, en date du 20 mars 1872, a répudié cette interprétation; que, distinguant les créations de communes nouvelles des simples changements de limites des communes déjà existantes et des réunions de communes, elle refuse d'étendre la compétence du conseil général aux créations de communes, en déclarant que « la création d'une commune nouvelle est approuvée par « le préfet, sur l'avis conforme du conseil municipal de la « commission syndicale et du conseil général ; »

« Que la loi de 1871 ne se prête pas à une telle interprétation; que, pour la justifier, il faudrait admettre que le législateur a entendu ne transporter au conseil général qu'une partie des attributions du préfet, ce qui est contraire au texte de la loi de 1871 comme à son esprit et aux décla-

Digitized by Google

rations positives du rapport de la commission qui a préparé la loi; qu'il y a donc substitution complète du conseil général au préfet et dessaisissement absolu, quant à ce dernier, de tous les droits qu'il tenait de la loi de 1867;

« Considérant que c'est ainsi que la commission provisoire chargée de remplacer le Conseil d'État avait résolu la question dans un avis du 20 juin 1872, et qu'en ce point il y a lieu d'adopter et de confirmer ses conclusions. »

Nous adoptons sans réserve cette partie de la décision, dont les considérants méritent d'être retenus comme l'exposé le plus clair et la solution la mieux déduite de ce premier point de doctrine.

Reste le second point. Quelle était, en 1867, cette attribution préfectorale que le conseil général a intégralement recueillie en 1871 ? Était-elle uniquement relative aux modifications de tracé, ou bien comprenait-elle, sous le nom de changements de circonscription, les réunions ou distractions de commune? Ici le Conseil d'État abandonne la jurisprudence de la commission provisoire. Celle-ci interprétait l'article 13 dans le sens étendu que lui ont donné la circulaire du 3 août 1867 et la pratique administrative; le Conseil d'État adopte, au contraire, l'interprétation restrictive proposée par M. Plichon au cours de la discusssion. Voici, sur ce second point, les termes de son avis :

« Considérant qu'il y a lieu de se demander .. quelle portée la loi de 1867 a entendu donner à ces mots : *changements dans la circonscription territoriale des communes;* que, dans une circulaire ministérielle en date du 3 août 1867, la question avait été résolue dans le sens de la compétence générale du préfet;

« Considérant que c'est aussi l'interprétation adoptée par la Commission provisoire chargée de remplacer le Conseil d'État, dans son avis précité; que cette interprétation se fonde sur ce que les mot : *changements dans la circonscription des communes*, ont évidemment la même portée que ceux de *réunions et distractions de communes* employés par la loi de 1838, et que leur généralité embrasse tous les cas;

« Mais considérant que la portée de l'article 13 de la loi de 1867 a été déterminée, lors de la discussion au Corps législatif, avec une telle précision, que cette interprétation

Digitized by Google

ne semble pas admissible; qu'en effet, au moment du vote de l'article, un député ayant demandé catégoriquement quelle en était la portée et exprimé l'avis que l'érection de toute nouvelle commune, créant un nouveau corps moral et pouvant imposer éventuellement des charges à l'État, devait demeurer soumise aux garanties exigées par la loi du 18 juillet 1837, un membre de la commission répondit en termes formels et *au nom de la commission* « que l'article 13 du projet de loi ne dérogeait en rien aux dispositions de la loi de 1837, relative aux distractions des sections de communes, et que les garanties stipulées à cet égard dans la loi de 1837 subsistaient dans leur intégralité;

« Que cette déclaration ne fut contredite ni par les commissaires du Gouvernement chargés de défendre la loi, ni par aucun autre membre de la commission qui l'avait préparée, et fut suivie du vote pur et simple de l'article 13; que, dans ces circonstances, le doute sur la pensée du législateur et sur la portée de la loi ne semble plus possible ni permis. »

Nous croyons que ce doute est encore possible et permis, parce que nous ne considérons pas M. Plichon comme ayant été « *le législateur* », lorsqu'il était en désaccord avec les auteurs du projet et avec le rapporteur. L'autorité qu'il pouvait avoir, comme membre de la commission, nous semble singulièrement compromise par cette double circonstance, et M. Morin a eu tort, selon nous, d'accepter sa déclaration isolée comme équivalent à un texte de loi. Mais, dira-t-on, c'est sur cette déclaration que le Corps législatif a voté! L'interprétation bonne ou mauvaise qu'elle proposait a donc seule reçu la sanction législative. Nous entrons là sur un terrain périlleux, et ces inductions sur l'intention probable des votants pourraient nous mener bien loin! Il faudrait, en effet, pousser jusqu'au bout cette espèce d'analyse psychologique; il faudrait rechercher combien de députés ont approuvé ou simplement écouté les courtes observations échangées entre MM. Morin et Plichon, combien ont réellement manifesté, par leur vote, l'intention de donner aux mots *changements de circonscription* le sens restrictif que M. Plichon leur attribuait pour la première fois. Le champ de l'hypothèse s'élargit donc à l'infini quand on entre dans l'ordre d'idées où l'avis du 17 octobre cherche uniquement

Digitized by Google

son point d'appui. Quant à interpréter le silence gardé par le Gouvernement comme une adhésion aux distinctions nouvelles proposées par M. Morin et admises par M. Plichon, c'est évidemment impossible lorsqu'on voit le Gouvernement écarter ces distinctions dans sa circulaire du 3 août et les tenir pour non avenues dans la pratique tant qu'il a eu à faire exécuter la loi de 1867.

Mais voici qui nous semble plus concluant encore contre la doctrine de l'avis. Ce qui est en cause aujourd'hui, ce n'est plus la loi de 1867, c'est la loi de 1871, et, quand même l'interprétation de M. Plichon serait bonne, il faudrait encore rechercher si la commission de décentralisation et l'Assemblée nationale l'ont admise. L'ont-t-elles seulement connue? Ont-elles pu la soupçonner en présence d'une pratique administrative constante qui ne semblait laisser aucune place au doute? Quelque laborieuse que fût la commission, nous doutons qu'elle ait relu en détail tous les travaux préparatoires des lois auxquelles elle faisait quelque emprunt. C'est là seulement qu'elle aurait pu trouver les éléments d'une dissidence complétement effacée dans la pratique. Il est plus naturel de penser qu'elle s'en est référée à cette pratique et à l'interprétation qu'elle consacrait, interprétation d'autant plus naturelle qu'elle était conforme aux doctrines reçues depuis 1837. Lors donc qu'elle a écrit les mots *chan-* « *gements de circonscription* », elle leur a vraisemblablement donné le sens qu'ils avaient dans la circulaire du 3 août 1867, et elle n'y a pas introduit, par voie de restriction mentale, des distinctions qu'elles n'avaient jamais comportées.

Nous croyons donc que le ministre de l'intérieur, dans sa circulaire du 20 octobre 1871, mal à propos rétractée le 20 mars suivant, et la commission provisoire dans son avis du 20 juin 1872, avaient donné à la question sa véritable solution juridique. Le Conseil d'État l'aurait peut-être adoptée à son tour s'il n'avait craint que cette solution, strictement légale et conforme à tous les précédents, n'eût des inconvénients au point de vue de la bonne administration.

Ces inconvénients sont réels, nous le reconnaissons; ils sont même aggravés dans une certaine mesure par la loi de 1871. Il n'est pas bon que des communes nouvelles soient créées sans la participation du pouvoir central, même quand

Digitized by Google

les intérêts locaux sont d'accord. La formation d'un centre municipal n'entraîne pas seulement la création d'une nouvelle personne morale, elle agit aussi sur la distribution des pouvoirs publics, dessaisit certains fonctionnaires, en produit de nouveaux, crée un centre électoral et un rouage administratif de plus, réfléchit même, à certains points de vue, sur les finances de l'État. Elle accroît en outre ce morcellement excessif du territoire, cette abondance de petites communes qui met de si grands obstacles au développement de la vie municipale dans notre pays. A tous ces points de vue, l'intérêt de l'État est en jeu, et les conseillers généraux, naturellement tournés vers les intérêts locaux, influencés peut-être par les vœux de leurs électeurs, n'offriraient pas toujours des garanties suffisantes à ces intérêts supérieurs qu'ils n'ont pas mission d'assurer. Rien n'eût donc été plus logique que de consacrer, en 1871, la distinction dont on n'avait encore jamais tenu compte entre les créations de commune et les simples redressements de tracé, abandonnant ces derniers aux conseils généraux, et réservant au pouvoir central le droit de prononcer sur les autres. Mais on ne l'a pas fait, on n'y a même pas songé, on a statué en bloc sur les *changements de circonscription* tels qu'ils étaient compris et pratiqués depuis 1867 et on les a transmis à l'assemblée départementale tels qu'ils étaient dans la main du préfet.

Lors donc que le Conseil d'État, interprétant rétrospectivement la loi de 1867, a remanié après coup les pouvoirs que les préfets tenaient d'elle, afin de ne les transmettre que très-réduits aux conseils généraux, lorsqu'il a fait cette distinction, si judicieuse mais si peu légale, entre les distractions de communes et les simples changements de tracé, il a peut-être perfectionné la loi, mais à coup sûr il ne l'a pas interprétée avec l'exactitude juridique que la commission provisoire avait cru devoir observer.

De ces deux méthodes d'interprétation, l'une prétorienne, l'autre simplement juridique, celle-ci contentieuse, celle-là tendant à aider le bon fonctionnement des services, laquelle doit être préférée dans les nombreux avis que le Conseil d'État est appelé à émettre sur la loi des conseils généraux? Les administrateurs préféreront certainement la première qui peut réparer d'urgence, par d'ingénieux re-

Digitized by Google

dressements, les difficultés révélées par l'application de la loi. Les jurisconsultes s'attacheront à la seconde, comme plus conforme aux vraies méthodes d'interprétation juridique. Peut-être est-elle aussi plus favorable aux progrès de la législation. La jurisprudence, en effet, quelque prétorienne qu'elle soit, ne peut amender la loi jusqu'à la rendre bonne quand elle ne l'est pas, mais elle peut assez voiler ses défauts pour que le législateur se croie dispensé de les corriger lui-même.

E. LAFERRIÈRE.

DE LA PERSONNALITÉ DU DROIT DE PUBLICATION QUI APPARTIENT A UN AUTEUR VIVANT.

Par M. André Morillot, docteur en droit, licencié ès lettres, Avocat à la Cour d'appel de Paris.

Tout auteur a incontestablement le droit de publier et de rééditer ses œuvres. Mais ce droit lui est-il personnel, ou peut-il être exercé par ses créanciers, s'il refuse de l'exercer lui-même ?

Je suppose d'ailleurs que l'auteur est vivant, c'est-à-dire qu'un conflit personnel s'élève entre lui et ses créanciers, ces derniers prétendant exercer un droit que l'auteur ne veut ni exercer lui-même, ni laisser exercer par eux. J'écarte donc l'hypothèse où les créanciers se trouveraient en face des héritiers ou représentants de l'auteur décédé, cas où ce conflit personnel, qui fait tout le délicat de notre question, ne s'élève point.

Je suppose également qu'il s'agit d'un livre déjà publié, ou d'un manuscrit non encore édité, mais qui, de l'aveu même de l'auteur, est destiné à voir le jour. J'écarte donc aussi l'hypothèse de mémoires secrets, de notes confidentielles; il ne saurait être question pour les créanciers de porter la main sur ces documents intimes, de divulguer violemment cette conversation de l'auteur avec lui-même. Le livre a déjà vu ou doit certainement voir le jour; mais l'auteur, par des raisons d'opportunité, de scrupule, peut-être de morale, en un mot par des raisons de convenance personnelle, refuse de le publier ou de le rééditer actuellement. Les créanciers pourront-ils triompher de cette résistance ?

Digitized by Google

Nous croyons que la négative est bien fondée, et que le droit dont s'agit forme un de ces droits personnels, exclusivement attachés à la personne du débiteur, dont parle l'article 1166.

Il est vrai qu'aucun texte n'a déclaré personnel au débiteur le droit dont nous nous occupons. Mais ce silence ne prouve rien contre notre théorie: car la loi n'a nulle part énuméré les droits personnels, ni défini en quoi consiste et à quoi l'on peut reconnaître le caractère de personnalité qui s'attache à certains droits. Si donc il suffisait qu'un droit ne fût pas déclaré personnel pour qu'il fût susceptible d'être exercé par les créanciers, on serait amené à conclure qu'aucun droit n'est personnel, puisque aucun n'est déclaré tel. Or cette conclusion serait certainement erronée, l'article 1166 disant formellement qu'il existe des droits exclusivement attachés à la personne du débiteur. Le silence que garde le législateur à l'égard de notre droit n'est donc pas probant, parce que, s'il l'était, il le serait trop. Il n'y a pas lieu, non plus, de s'en étonner; il y aurait plutôt lieu de s'étonner du contraire, puisque le législateur, en déclarant expressément personnel au débiteur le droit dont s'agit, eût fait pour lui ce qu'il n'a fait pour aucun autre.

A quoi donc reconnaître qu'un droit est ou non personnel au débiteur, et en quoi consiste le caractère de personnalité qui s'attache à certains droits?

Parmi les droits qui appartiennent à une personne, les uns sont moraux, de famille, en dehors du patrimoine, non susceptibles d'être évalués directement en argent; les autres sont dans le patrimoine, et comportent une estimation pécuniaire directe.

Les premiers ne pourront jamais être exercés par les créanciers; car ceux-ci, en exerçant un droit de leur débiteur, se proposent uniquement de réaliser leur droit de gage; or cette réalisation est impossible, s'il s'agit d'un droit dont la nature est telle, qu'il répugne à l'idée d'une transformation en argent. Tels sont le droit de correction, qui appartient au débiteur sur la personne de ses enfants, le droit de consentir à leur mariage, le droit du mari d'intenter le *crimen adulterii* contre sa femme ou le complice de cette dernière, le droit d'un époux de demander la séparation de

Digitized by Google

corps. Aucun de ces droits ne peut être exercé par les créanciers, puisque tous sont irréductibles en argent.

Et cependant ces droits, tout en restant moraux, personnels, et non susceptibles d'une estimation pécuniaire directe, peuvent avoir des conséquences pécuniaires fort importantes. Tel est le droit de demander la séparation de corps, qui peut rapporter à celui qui l'exerce un émolument, dont il serait facile de calculer *à priori* le chiffre. Seulement le caractère moral absorbe ici le caractère pécuniaire; l'intérêt pécuniaire n'apparaît que dans le lointain, et comme conséquence de l'exercice du droit. D'ailleurs, cette conséquence n'est pas essentielle, et l'on pourrait concevoir qu'elle ne se produisît point. Il suit de là qu'un droit ne cesse pas d'être personnel, pour avoir des conséquences pécuniaires.

Quant aux droits qui n'ont rien de moral, qui comportent l'estimation pécuniaire directe, ils font partie du patrimoine, et pourront, en général, être exercés par les créanciers, à condition d'être cessibles et saisissables. Ceux, en effet, qui ne réunissent point ce double caractère résistent à l'idée d'un exercice par le créancier. S'ils sont pécuniaires, ils le sont uniquement à l'égard du débiteur, au profit de qui ils existent, et non à l'égard des créanciers, puisque, ne pouvant être cédés ni saisis, ils ne peuvent former pour personne la matière ni l'assiette d'un droit de gage. Tels sont le droit d'usage, le droit d'habitation, et le droit à une provision ou pension alimentaire.

Ainsi les droits moraux ne sont pas dans le patrimoine, et ne peuvent être exercés par les créanciers. Les droits purement pécuniaires font partie du patrimoine, et peuvent être exercés par les créanciers.

Cela étant, dans quelle catégorie ranger le droit de publier ou de rééditer un livre? Évidemment dans la catégorie des droits moraux, personnels au débiteur.

Ce caractère moral et personnel du droit de l'auteur sur son œuvre comporte des démonstrations diverses.

Il résulte d'abord de l'impossibilité qu'il y a de faire rentrer le droit dont nous nous occupons dans aucune des divisions en lesquelles se partagent les droits qui composent le patrimoine.

Digitized by Google

Les divers droits constitutifs du patrimoine comportent plusieurs divisions.

A un premier point de vue, ils sont tous, ou réels, ou de créance.

Or le droit qu'exerce l'auteur sur son œuvre n'est ni réel ni de créance.

Il n'est point réel, n'est ni le droit de propriété, ni un démembrement de ce droit.

Le contraire a cependant été soutenu. D'après plusieurs économistes et philosophes de l'école physiocrate, le droit de publier et de reproduire une œuvre n'est autre que le droit de propriété exercé selon le mode vulgaire, c'est-à-dire consistant à faire fructifier la chose objet du droit. Dans cette théorie, l'auteur est non-seulement propriétaire de l'objet matériel, manuscrit ou exemplaire du livre, ce que personne ne conteste; mais il est propriétaire de l'œuvre même, dont le manuscrit ou le livre n'est que le signe extérieur; en un mot, il exerce un droit de propriété sur la puissance intellectuelle créatrice du livre, c'est-à-dire sur lui-même, sur ses propres facultés.

Cette théorie a pu séduire des philosophes, et surtout des économistes, imbus de cette idée fausse, que toute valeur forme un élément du patrimoine; mais elle ne saurait être admise par les jurisconsultes.

En effet, si tout élément du patrimoine est une valeur, il y a certaines valeurs qui n'entrent pas dans le patrimoine, et le droit qu'exerce l'auteur sur son œuvre est une de ces valeurs.

Aussi l'auteur n'est-il pas propriétaire de son œuvre, c'est-à-dire des facultés intellectuelles qui lui ont permis de la créer. Il faut en effet distinguer l'œuvre du manuscrit ou du livre qui en est le signe. L'œuvre existe, indépendamment de la matière qui la réalise, dans l'intelligence qui l'a conçue, et qui est prête à la ressusciter ou à la reproduire, soit telle qu'elle l'a déjà produite, soit en la vêtissant d'une forme et de couleurs nouvelles. Cette distinction faite, on aperçoit que l'auteur ne saurait être propriétaire de son œuvre. En effet, le droit de propriété, n'étant que la relation d'une personne à une chose, suppose nécessairement une personne qui en soit le sujet, et une chose matérielle qui en soit l'objet. Or ici l'objet fait défaut. L'auteur est donc propriétaire de

Digitized by Google

son manuscrit, et des exemplaires de son ouvrage, puisque chacune de ces choses constitue l'objet matériel essentiel à l'institution du droit réel. Mais il ne peut, au point de vue du droit, qui ne reconnaît que des personnes, des choses et des rapports, être propriétaire de son œuvre, puisqu'elle est immatérielle, et que le droit réel manquerait de naître faute d'objet. Être propriétaire d'une œuvre littéraire, ce serait être à la fois homme et chose, sujet et objet d'un droit pécuniaire, titulaire d'un rapport dont les deux termes seraient une même personne. A ce compte, tout homme serait, par le seul fait et dès l'instant de sa naissance, propriétaire d'une chose qui serait lui-même. Or l'aptitude de l'homme à devenir propriétaire ne peut s'exercer sur lui-même, mais seulement sur les forces de la nature, qu'il transforme et asservit. Il ne peut être propriétaire de son œuvre, par la même raison qu'il ne peut l'être d'autres hommes. Et la preuve qu'il n'est point propriétaire de lui-même, c'est qu'il ne peut légalement se dessaisir au profit d'autrui de cette prétendue propriété, en convenant de se prostituer, de se suicider ou de se donner en esclavage.

Il n'a donc point la propriété juridique de son œuvre. Et cependant il est facile de comprendre que différentes lois lui aient reconnu le droit de l'exploiter, à l'exclusion de tous autres. Bien que n'étant pas propriétaire de ses idées, il peut défendre contre l'agression d'autrui celles qu'il a marquées de son sceau, par la simple raison que tout homme, bien que n'étant pas propriétaire de sa personne, peut la protéger contre les agressions étrangères. Or, dès qu'un autre que l'auteur s'arroge le droit de publier ses œuvres, il y a atteinte portée, non point à l'intégrité du patrimoine de l'auteur, où ce droit n'était point, mais à l'inviolabilité de sa personne, dont il constituait un attribut naturel. C'est par cette raison que la loi reconnaît à l'auteur le droit exclusif de reproduire ses œuvres, et punit la contrefaçon.

Le droit de l'auteur n'est donc point réel. Et d'ailleurs, quand même il le serait, on ne voit pas comment les créanciers le pourraient exercer; car un tel droit, pour être réel, n'en serait pas moins un droit que l'auteur exercerait sur sa personne et ses facultés, et comme tel, ne se prêterait point à l'exercice que les créanciers voudraient en faire.

Digitized by Google

Le droit de l'auteur sur son œuvre n'est pas non plus un droit de créance; car un tel droit n'est autre qu'un rapport institué entre deux personnes distinctes et déterminées. Or on ne voit pas à l'encontre de quelle personne l'auteur pourrait exercer un droit de cette nature.

On a toutefois prétendu qu'en ce cas, la personne obligée était la société, que, par le fait de la publication, il intervenait, entre l'auteur et la société, un contrat d'échange ou de prêt. Kant a soutenu qu'il y avait là une sorte de contrat innomé *facio ut des*, prestation fournie, service rendu par l'auteur à la société, et obligation contractée par cette dernière.

Sans nier que ces comparaisons puissent correspondre à quelque chose de réel, je pense qu'elles doivent être écartées comme antijuridiques, et surtout propres à troubler la vue du jurisconsulte, qui, lié par des textes et des principes, ne saurait se payer d'images. Or, à ne considérer que la réalité, la société n'est pas une personne déterminée, et ne peut être obligée qu'en vertu d'un certain contrat, où elle a été représentée par un de ses mandataires légaux. Il est à peine besoin de remarquer qu'ici le contrat et le mandataire font également défaut.

En quoi d'ailleurs pourrait consister l'obligation sociale, a supposer qu'elle existât?

Dans la nécessité d'acheter le livre? Mais une telle obligation serait dénuée de toute sanction; et le contraire serait désastreux, puisque la société se verrait forcée d'instituer un prytanée littéraire à l'usage de tous les auteurs piqués de la démangeaison d'écrire.

Et si le livre était immoral ou obscène, que deviendrait donc l'obligation sociale? Ce ne serait plus, je pense, celle d'acheter le livre, mais bien celle de l'interdire, et ce n'est pas d'une place au prytanée, mais d'une cellule, que la société devrait pourvoir l'écrivain.

Que si maintenant par obligation sociale, on entend la nécessité où est chacun de respecter le droit qu'a l'auteur de publier et de reproduire ses œuvres à l'exclusion de tous autres, je réponds qu'il n'y a pas là d'obligation juridique. La nécessité où est un homme de ne pas violer le droit du voisin ne constitue, ni une obligation pour cet homme, ni un droit

Digitized by Google

de créance pour le voisin. C'est là le simple droit commun, c'est-à-dire l'absence de tout lien d'obligation juridique.

Le droit de l'auteur sur son œuvre n'est donc pas plus un droit d'obligation qu'il n'est un droit réel; et, comme cette première classification des droits embrasse tous ceux qui font partie du patrimoine, il en résulte que notre droit n'est pas dans le patrimoine, et ne saurait être exercé par les créanciers.

De même, à un autre point de vue, tous les droits du patrimoine sont immobiliers ou mobiliers. Or notre droit ne rentre non plus dans aucune des catégories de cette seconde division.

Et d'abord, il n'est point immobilier. En effet, le caractère immobilier d'un droit dépend du caractère immobilier de son objet. Or ici l'objet immobilier fait défaut. Un économiste a pourtant soutenu que le droit de l'auteur sur son œuvre formait un droit immobilier, susceptible d'hypothèque. Mais je ne pense pas qu'il y ait lieu de s'arrêter à cette idée bizarre.

Ce droit ne peut davantage être considéré comme mobilier.

En effet, il n'y a que deux sortes de meubles, les meubles par nature, et ceux par détermination de la loi.

Or ce droit n'est pas un meuble par nature, puisque l'œuvre littéraire est immatérielle et distincte du manuscrit ou du livre, puisqu'il ne s'agit ni du droit sur le livre, ni du droit sur le manuscrit, et que l'objet mobilier, matériel, du droit de l'auteur, fait ici défaut.

Ce n'est pas davantage un meuble par détermination de la loi, puisque les articles 527 et 529 du Code civil ne le comprennent pas dans l'énumération qu'ils donnent des droits de cette nature, et puisqu'aucun texte spécial ne l'a rangé parmi eux.

Le droit qu'exerce l'auteur sur son œuvre n'est donc ni mobilier, ni immobilier. Nous avons vu plus haut qu'il n'est ni réel, ni de créance. Et, comme chacune de ces deux divisions embrasse l'ensemble des droits pécuniaires, constitutifs du patrimoine, il résulte de l'impossibilité d'y faire rentrer le droit de l'auteur, qu'il est en dehors du patrimoine, et ne saurait être exercé par les créanciers.

Digitized by Google

Nous savons ce que ce droit n'est pas. Qu'est-il donc au juste? C'est le droit de l'auteur à sa liberté personnelle, à l'exercice indépendant de ses facultés. Tant que l'œuvre reste enfermée dans le sein de l'artiste, il exerce sur elle un empire absolu. Or cette situation n'est pas modifiée par l'expression ou la publication. L'idée, même rendue sensible, reste distincte de la matière qui la réalise, continue à faire partie de l'intelligence qui l'a conçue, et demeure inviolable, comme cette dernière. L'auteur qui publie son œuvre enrichit la société sans s'appauvrir; il n'aliène pas sa conception, il la fixe, pour la rendre sensible aux autres, et la conserver vivante à ses propres yeux; il reste lui-même, et ne se mutile pas, en exprimant, publiant ou rééditant son œuvre. Et la preuve, c'est que, quand il vend un exemplaire de son livre, il ne vend ni son œuvre, ni le pouvoir de la reproduire, mais seulement la faculté de la connaître, et le plaisir ou le profit intellectuel que le lecteur pourra tirer de cette connaissance. L'acheteur de l'exemplaire ne peut le reproduire, parce qu'alors il ne jouirait plus du livre, mais de l'œuvre même, et attenterait à la liberté, à la personne de l'auteur. Ainsi, en partageant avec le public le sentiment esthétique qu'il avait jusque-là gardé pour lui seul, l'auteur retient la souveraineté de son œuvre, peut la reproduire comme la retirer du commerce, et en interdire la reproduction, non-seulement pendant sa vie, mais même après sa mort. Il y aurait donc atteinte à la liberté, à l'inviolabilité de sa personne, dans le fait par ses créanciers de publier ou de rééditer malgré lui une de ses pensées.

Et il n'y a pas à distinguer entre le droit de publier un livre et celui de le rééditer. Ces deux droits sont identiques, en ce qu'ils sont tous deux la manifestation de la puissance intellectuelle de l'auteur; car l'acte de publier ou de rééditer un livre n'est pas une opération purement matérielle. C'est une opération intellectuelle, où il est nécessaire que la volonté soit présente. C'est le terme de l'opération qui a eu pour point de départ la création du type idéal. Quand l'auteur publie son œuvre et admet le public à partager ses émotions esthétiques, il obéit parfois à l'inspiration, souvent à la conscience, toujours à la volonté; il fait usage de son pouvoir personnel, tout comme quand il crée le type idéal,

Digitized by Google

et s'adonne à ces opérations intellectuelles, dont le public n'est pas admis à partager le secret. Toutes ces opérations sont unies par une intime connexité, et il est aussi impossible, en droit, de forcer un auteur à publier ou à rééditer, qu'il le serait, en fait, de le forcer à penser, concevoir ou écrire. Il serait d'ailleurs impossible de forcer un avocat à prononcer un plaidoyer. Or on serait bien empêché de justifier une distinction entre l'expression de l'idée par la parole et par le livre. Toutes ces opérations sont donc personnelles au même degré, et comportent aussi peu les unes que les autres l'exercice par les créanciers.

Tout cela n'est vrai qu'autant que l'auteur a conservé la souveraineté de son œuvre. S'il cède à un libraire ou à un spéculateur le droit de l'exploiter, le jour où il consent cette cession marque le terme de l'opération intellectuelle, qui a eu pour effet la publication du livre. Par cette cession, l'auteur abdique tout pouvoir sur son œuvre, renonce au droit d'en réglementer à son gré, d'en interdire même la publication ; il se retire d'elle et la laisse tomber dans le commerce. Le droit moral, personnel, qu'exerçait l'auteur sur son œuvre s'éteint, pour faire place à un droit pécuniaire, créé au profit du libraire. Et ce droit nouveau compte dans le patrimoine, et peut être exercé par les créanciers du libraire, mais non pas de l'auteur. Ainsi la cession ne transporte pas au libraire tout le droit du cédant, mais simplement la faculté accessoire de tirer un lucre de la publication. Si donc le cessionnaire ne peut exercer ce droit tout moral, qui ne se conçoit qu'aux mains de l'auteur, et que la cession éteint, il y a un *a fortiori* pour que les créanciers ne puissent pas faire, malgré l'auteur, plus que ne peut le cessionnaire avec son assentiment.

Cet exposé répond à toutes les objections.

Ce droit est cessible, dit-on. Il est saisissable, puisque les articles 581 et 582 du Code de procédure civile ne le mentionnent point parmi les droits qu'il déclarent insaisissables. Enfin il constitue une valeur vénale. Donc il fait partie du patrimoine et est soumis au droit général de gage qui appartient à tout créancier sur les biens de son débiteur.

C'est là une erreur. Ce droit n'est ni cessible, ni saisissable, ni vénal; mais il est susceptible de devenir tel, du jour où

Digitized by Google

l'auteur, abdiquant l'autorité sur son œuvre, laisse cette dernière tomber dans le commerce et la fait entrer dans le patrimoine. Il y a là un dernier acte d'exercice de la souveraineté de l'auteur, celui par lequel il s'en dépouille. C'est précisément cette cession volontaire qui transforme le droit de l'auteur et la condition de l'œuvre, et métamorphose un droit moral en une valeur pécuniaire. Mais pour cela le consentement de l'auteur est indispensable.

On dit encore : Si la loi eût voulu réserver à l'auteur le droit de retoucher indéfiniment son œuvre, elle en eût prohibé la cession définitive; or elle ne l'a point fait; donc la publication dessaisit complétement l'auteur.

Cette conclusion est erronée : la loi n'a pu songer à édicter la prohibition dont on parle, qui n'aurait aucune raison d'être; il n'y a donc pas à argumenter de ce que la loi ne l'édicte point.

On fait encore l'objection suivante : Cette publication que l'on redoute si fort, quand elle se produit du fait des créanciers, l'écrivain la subit du fait du libraire auquel il a cédé ses droits. Vis-à-vis du libraire, il n'a qu'un moyen d'empêcher cette publication, c'est de racheter les exemplaires de son livre. Comment, vis-à-vis de ses créanciers, qui ont suivi sa foi, pourrait-il s'affranchir de ses obligations par un simple refus?

Tout simplement parce que, quand il a cédé ses droits au libraire, la publication n'est plus forcée, tandis qu'elle l'est quand la cession n'est pas intervenue. Car lorsque l'auteur prend l'initiative et conserve la tutelle de la publication, il manifeste l'intention formelle de rester en communication directe avec son œuvre, de continuer à l'animer de son souffle, de retenir sur elle l'omnipotence, au lieu que, par la cession, il manifeste l'intention contraire. C'est précisément en cette distinction que gît la solution de notre question, et bien loin qu'elle nous soit funeste, elle nous sert le mieux du monde.

Mais, dira-t-on, les créanciers de cet auteur ne lui ont prêté que dans l'espoir d'être remboursés sur les produits de son talent ou de son génie. Donc ce talent et ce génie, bien loin d'être distraits de la masse affectée au gage des créanciers, y figurent en première ligne, ayant été la raison déterminante qui a engagé les créanciers à contracter. Sou-

Digitized by Google

vent même ils forment l'unique objet de ce gage, les gens de lettres étant, comme on sait, plus riches d'idées que d'écus.

La position des créanciers est assurément fort intéressante, mais ils ont eu tort de prêter, sans exiger de garanties. Il fallait se faire céder le droit de publier l'œuvre, et ils ne doivent s'imputer qu'à eux-mêmes d'avoir négligé les règles de la plus vulgaire prudence.

J'ajoute enfin que notre système ne trouve aucun obstacle dans les lois existantes, et qu'on lui oppose en vain le § 6 de la loi de 1866. D'après ce § 6, quand l'auteur ne laisse aucun héritier et que l'État recueille sa succession, le droit d'auteur ne passe point à l'État, mais s'éteint, *sans préjudice du droit des créanciers*. Nos contradicteurs argumentent comme il suit de ces derniers mots : Si, dit-on, les droits des créanciers sont réservés quand l'auteur est mort, c'est qu'ils existaient de son vivant; si donc les créanciers peuvent, après la mort de l'auteur, publier ou rééditer l'œuvre, c'est qu'ils le pouvaient pendant sa vie.

Cet argument suppose deux choses : d'abord que le droit qu'exercent les créanciers après la mort de l'auteur est le même que celui qu'ils exerçaient de son vivant; et ensuite que ce droit est celui de publier ou de rééditer l'œuvre. Or ces deux propositions sont entre elles dans ce singulier rapport, que si la première est exacte, la seconde ne l'est point, et que si la seconde le devient, la première cesse de l'être.

Attachons-nous d'abord à la première, et supposons la seconde exacte. J'admets que la loi confère vraiment aux créanciers le droit de publier ou de rééditer l'œuvre, quand l'auteur est mort. Mais rien ne dit qu'ils aient eu ce droit de son vivant, et l'*a fortiori* qu'invoque le système adverse n'existe pas; car les créanciers peuvent fort bien exercer le droit de copie après la mort de l'auteur, quand ils se trouvent en face de sa succession ou de ses héritiers, tandis qu'ils ne le peuvent point de son vivant. La mort a la vertu d'éteindre le droit moral et personnel que l'auteur exerçait sur son œuvre, pourvu que, de son vivant, il ne l'ait point retirée du commerce. La mort équivaut donc à la cession, en ce qu'elle fait cesser tout rapport de puissance entre l'auteur et son œuvre, et la force des choses a ici la même efficacité que la volonté de l'auteur. Le droit à l'œuvre, moral aux mains de

Digitized by Google

l'auteur, devient pécuniaire aux mains de ses héritiers, à plus forte raison aux mains de ses créanciers, s'il n'a point d'héritiers. La personne de l'auteur éteinte, les créanciers exercent le droit de copie. Au contraire, tant que l'auteur vit, cet exercice leur est refusé, parce qu'alors un conflit personnel s'élève entre lui et eux, conflit où ils doivent nécessairement succomber. Il n'y avait donc aucune raison pour donner aux créanciers ce droit du vivant de l'auteur, tandis qu'il en existait pour le leur octroyer après sa mort, et comme la loi de 1866 est toute relative au cas où l'auteur est mort, cas où le conflit personnel, qui fait la difficulté de notre hypothèse, ne naît point, la loi dont s'agit ne prouve rien contre notre théorie.

Que si maintenant on admet que la première proposition est exacte, c'est la seconde qui devient fausse. Je suppose, en effet, que le § 6, accordant certain droit aux créanciers, parle d'un droit qu'il avaient du vivant de l'auteur. Mais alors il ne peut s'agir pour les créanciers du droit de publier ou de rééditer l'œuvre. L'article dit uniquement que leur droit est sauvegardé, mais il ne dit point lequel; or ce peut fort bien être le droit, non de publier ou de rééditer l'œuvre, mais de saisir, soit les droits d'auteur dûs par le libraire à l'auteur ou à sa succession, soit les exemplaires du livre déposés chez le libraire, et destinés à être vendus. Ce droit leur appartenait du vivant de l'auteur; il continue de leur appartenir après sa mort, et si l'on veut à toute force que la loi de 1866 ait entendu réserver aux créanciers un droit qu'ils avaient du vivant de l'auteur, rien n'empêche d'admettre qu'il s'agit de celui-ci.

Ainsi s'établit juridiquement la personnalité du droit que l'auteur exerce sur son œuvre. Et d'ailleurs cette personnalité ne résulte-t-elle pas avec la dernière évidence de la douleur qu'éprouve l'artiste à enfanter son œuvre?

Le fonds de l'œuvre, il est vrai, n'est pas personnel; elle est composée avec des idées qui nagent dans le domaine public, ce fonds commun où viennent puiser toutes les intelligences. Mais la recherche de ces idées, mais leur combinaison, souvent si neuve, qu'à leur aspect on croirait les avoir ignorées jusqu'alors, mais ce travail où un auteur use sa vie, ruine sa santé, voit blanchir ses cheveux et se rider son front,

Digitized by Google

tout cela n'est-il pas ce qu'il y a de plus personnel au monde ?

Les idées vulgaires sur la nature et les causes du génie sont cependant singulièrement erronées; et nous convenons que, si elles étaient exactes, notre doctrine ne pourrait l'être.

C'est une opinion assez répandue, qu'une œuvre de génie s'effectue presque d'elle-même, par une sorte d'énergie spontanée, et comme par un mouvement fatal. L'imagination populaire voit dans les hommes de génie des héros que Dieu suscite à son heure pour être ses ministres; et le vulgaire, ne se reconnaissant plus dans ceux qui marchent à sa tête, les élève au-dessus du niveau de l'humanité, par modestie ou par orgueil.

Au reste, le témoignage même des hommes de génie, qui ont pu parler de cette force en connaisseurs, semble en attester le caractère impersonnel et extérieur. Les plus calmes et les plus railleurs s'élèvent jusqu'au lyrisme, dès qu'il dépeignent leur verve; c'est le souffle de Dieu, la fureur des Bacchantes, le délire des Corybantes, c'est le cheval de Mazeppa, emportant son cavalier haletant et éperdu, c'est l'aigle qui enlève Ganymède aux cieux. Platon, dans l'*Io*, s'écrie que les artistes sont hors d'eux-mêmes, et que Dieu nous parle par leur bouche. Et ici, je ne parle que des hommes vraiment inspirés, et non de ceux qui ont eu l'illusion de l'être. Je ne parle pas du Père Lemoine, qui prétendait recevoir ses inspirations d'en haut, ni de Saint-Sorlin, qui affirmait que Dieu lui-même avait mis la main aux neuf derniers livres de son poëme de Clovis, ce qu'il a bien fait de dire, puisque la postérité n'eût certes pas deviné cette collaboration divine à la simple lecture du poëme.

La philosophie a confirmé ces témoignages. D'après une théorie célèbre, le grand homme apparaît, quand il est nécessaire, et son œuvre l'est, comme lui. Il ne fait que proclamer et accentuer, par un effort vigoureux, et sous une forme précise, les idées dont le vulgaire n'avait, avant lui, que le soupçon confus. Il n'est donc que l'interprète fidèle de sa génération, dont il répète servilement le *credo*. C'est pourquoi il est toujours de son siècle, et réussit toujours.

La physiologie et la médecine, exagérant ces idées, ont

Digitized by Google

soutenu que le génie n'est autre que le produit d'un organe perfectionné ou dénaturé. D'après les uns, le génie résulte simplement de ce que cette pulpe blanchâtre qu'on nomme le cerveau contient quelques grammes de plus ou de moins, en sorte qu'on pourrait, à un milligramme près, mesurer d'après son poids spécifique le génie de chacun des hommes qui ont illustré l'humanité. D'après les autres, le génie est, ou un dérangement du système nerveux, ou une névrose, et cette affection dangereuse, préliminaire et précurseur inquiétant de la folie, pourrait céder à un traitement bien entendu, qui ramènerait à des idées plus calmes un Descartes ou un Leibnitz.

Toutes ces théories ne sont que la traduction scientifique ou poétique de cette idée, que l'œuvre de génie est impersonnelle, comme la force qui l'a dictée à son auteur.

Hé bien ! cette idée est exagérée au point de devenir fausse. La volonté préside à tout le travail de l'artiste; sans elle, il serait stérile; avec elle, il devient fécond. L'inspiration est une force beaucoup moins aveugle qu'on ne se le figure. La volonté est la faculté sans laquelle toutes les autres languissent, et les dons les plus précieux de l'esprit resteraient stériles, s'ils n'étaient fécondés par un effort énergique.

C'est sous l'aiguillon de la volonté, ce pouvoir dont aucun homme n'a jamais épuisé la puissance, n'en ayant jamais fait tout l'usage qu'il en aurait pu faire, que l'imagination du poëte observe attentivement la réalité, pour lui emprunter les éléments de ses créations et former ainsi la première ébauche de l'idéal.

C'est grâce à une pénible contention d'esprit que cette image, encore invisible pour tout autre que le poëte, se perfectionne et s'épure, pour sortir un jour de l'abîme où elle se cache, toute radieuse et parée des plus brillantes couleurs. C'est maintenue par la volonté, que l'imagination, force volage et errante, dont la nature répugne à ce douloureux travail de concentration, s'applique à cet idéal pour le polir, et compose ainsi une image saisissante et épurée de la réalité, plus réelle même que les objets imparfaits dont elle rappelle les traits. C'est par un effort soutenu que la volonté courbe l'esprit sur ce modèle, qu'il doit contempler et perfectionner sans relâche; sans quoi l'intelligence, distraite par

Digitized by Google

la loi inflexible de l'association des idées, ne jetterait qu'un coup d'œil distrait sur les beautés qui s'offrent à elle, en sorte que l'idéal ne lui apparaîtrait que revêtu de formes imparfaites.

Le rôle de la volonté n'est pas moins actif, quand il s'agit de traduire l'idéal sous une forme sensible, de se reconnaître au milieu des signes divers capables de l'exprimer, de choisir les plus propres à lui donner du relief, puis de trouver entre eux la combinaison favorable, de faire, par exemple, que, dans une tragédie, les événements se précipitent avec sobriété, en sorte que l'intérêt et l'émotion progressent avec une sérénité majestueuse depuis l'exposition jusqu'au dénoûment.

Il en est de même quand il faut passer au détail de l'expression. C'est là un travail sans fin, où il faut se reprendre sans jamais se rebuter, chercher en vain l'expression qu'on rêve, et ne pas se contenter de ces termes imparfaits qui se pressent en foule aux abords de l'esprit, comme pour lui cacher le terme propre, le dernier souvent qu'il lui est donné de rencontrer. La volonté n'est jamais plus active que dans ce travail secondaire et indispensable, où l'esprit, sans manifester toute sa puissance, fait du moins admirer toute son industrie.

On aperçoit enfin l'œuvre de la volonté jusque dans l'inspiration; car celle-ci est due à des causes que la volonté produit ou favorise. C'est elle qui, à force de maintenir l'esprit du poëte en face de l'idéal, l'a insensiblement échauffé à ce vivifiant contact; distraite, l'intelligence ne serait pas émue; courbée sous le joug de la volonté, elle le devient. Si donc le poëte ne se donne pas cette inspiration, il se la ménage; elle est en lui, comme le feu est dans les veines du caillou; c'est en frappant violemment que l'artiste fait jaillir l'étincelle, et allume ainsi l'incendie qui se communique à son âme, et de là se répand dans son œuvre. Alors seulement l'inspiration devient plus forte que le pouvoir qui l'a fait naître. Mais elle résulte d'un effort, sans lequel elle ne fût pas venue; car la volonté ne dirige pas seulement les opérations de l'esprit, elle provoque aussi les élans du cœur.

Aussi il n'y eut jamais un grand homme qui ne dût sa gloire à ses efforts. Si le poëte n'avait point passé par ces

Digitized by Google

douloureuses épreuves, par ces luttes de l'esprit contre la volonté, jamais il n'aurait laissé son nom à l'admiration des hommes. C'est pourquoi cette admiration se mesure instinctivement à la peine qu'il a éprouvée à enfanter ses œuvres; car on n'admire guère que les qualités qui portent les traces de la personnalité humaine, et l'inspiration est fortement marquée de ce sceau.

Telle est l'œuvre de l'auteur, pénible et douloureuse entre toutes. Aussi les grands écrivains, ceux même qui ont employé leur génie à nous faire rire, portent-ils sur leur figure une expression de tristesse et de souffrance, qui atteste les violences et les assauts qu'il leur a fallu subir. Si l'esprit les a visités souvent, il a laissé sur leur front la pâleur et les rides, et dans leur cœur, la tristesse et le désenchantement.

Et l'on voudrait qu'une œuvre ainsi composée ne fût pas personnelle à son auteur, que des créanciers pûssent entraver l'essor d'un Mozart ou d'un Molière, et redresser le jugement de leur débiteur, alors qu'il hésiterait à publier son œuvre, la trouvant indigne de lui ! Mais alors, pourquoi n'émettraient-ils pas la prétention de retoucher cette œuvre, de l'accommoder au goût du siècle pour qu'elle se vende mieux, de mettre en un mot du leur dans l'œuvre d'un Corneille ou d'un Pascal ? Cette prétention ne serait certes pas plus exorbitante que l'autre.

Et d'ailleurs, si le travail de l'auteur affecte un caractère de personnalité si accentué, ce caractère ne s'étend-il pas aussi à la publication de l'œuvre ? L'auteur qui accomplit cet acte intellectuel, essentiel à sa gloire, et sans lequel son œuvre ne serait point complète, ne fait que continuer d'obéir à l'inspiration, qui lui ordonne d'admettre le public à la connaissance de son œuvre. Car le poëte qui n'écrirait que pour lui-même, qui n'éprouverait pas le besoin de prendre le public pour confident de ses joies et de ses douleurs, ne serait pas digne de ce nom, pas plus que le savant, qui, ayant les mains pleines de vérité, les serrerait pour empêcher celle-ci de s'échapper. C'est, en un mot, le dernier acte de l'opération intellectuelle qui commence à la création de l'idéal, et le propre de cet acte est de n'être jamais épuisé. Tout n'est pas fini, dès que l'œuvre semble achevée et prête à voir le jour, ou dès qu'elle a été publiée. Il y a certains

Digitized by Google

hommes pour qui une œuvre n'est jamais terminée, étant toujours inférieure à leur conception, et qui, comme Virgile, meurent désespérés de n'avoir pu atteindre la forme admirable que leur intelligence avait rêvée. Les grands auteurs ont toujours usé du droit incontestable de corriger indéfiniment leurs ouvrages, ne s'en déclarant jamais satisfaits. Cet acharnement dans la poursuite de l'idéal est le signe même du génie; les plus grands esprits sont seuls capables d'une telle obstination. Quant à ceux qui, s'abandonnant à une lâche et stérile facilité, se croient destinés à produire des chefs-d'œuvre chaque année et à époques fixes, comme les arbres produisent des fruits chaque automne, ils verront le souffle inexorable de la postérité balayer la plupart de leurs productions, pour ne laisser debout que quelques petits livres, légers de poids, mais riches de substance, écrits au moment où l'auteur ne se mirait point encore dans la contemplation de lui-même. L'artiste qui suit les conseils d'Eschyle, qui dédie ses œuvres au temps, un grand maître « qui n'épargne pas ce que l'on fait sans lui », peut marcher sans crainte à la postérité. Ses œuvres lui servent d'escorte, et l'assurent contre l'oubli. Il n'a pas à craindre qu'elles fassent comme les nuées dont parle Ronsard, qui, *gonflées du brouillard d'une nuit, crèvent et s'évanouissent aux rayons du matinal soleil.*

Il résulte de tout cela que la publication est personnelle, au même degré que les autres actes qui la précèdent. Mais elle l'est même à un degré supérieur; car ces autres actes n'entraînent à peu près aucune responsabilité, tandis que la publication entraîne une responsabilité morale et pénale, quand l'auteur appelle le public à la connaissance d'œuvres immorales ou dangereuses. La personnalité du droit de l'auteur sur son œuvre résulte donc avec une énergie saisissante des conséquences morales et pénales qu'entraîne la publication.

Et d'abord les conséquences morales qu'entraîne cette publication la rendent inadmissible, quand elle intervient malgré l'auteur.

Ce dernier peut ainsi voir diminuer sa renommée.

Tel est le cas où son ouvrage a été écrit en vue de certaines circonstances, qui ne se sont pas encore produites, et que l'auteur attend pour lancer son œuvre et obtenir l'effet

Digitized by Google

sur lequel il a compté; en sorte que les créanciers, en le forçant à une publication hâtive, font tomber un livre destiné à réussir, publié en temps opportun.

Il en est de même pour une réédition. L'œuvre a peut-être emprunté tout son succès aux circonstances dans lesquelles elle a été écrite, aux passions qui l'ont inspirée. Depuis ce temps elle vit sur sa réputation; la rééditer, quand aucune des circonstances qui ont favorisé son apparition n'existe, c'est compromettre la renommée de l'auteur. Tous les traits, qui avaient d'abord semblé piquants, paraîtront émoussés et vieillis, et le désenchantement s'ensuivra; une réédition ferait déchoir l'œuvre de l'estime où on la tient. Il est donc des cas où l'auteur se rend service à lui-même en s'en tenant à l'effet produit, et c'est là un droit qui lui appartient sans aucun doute; car il reste le maître de ralentir ou de supprimer ses communications intellectuelles avec le public.

Et même sans supposer que l'œuvre ait emprunté son succès à un intérêt d'actualité, il se peut fort bien que, depuis l'achèvement du manuscrit ou la première publication, la science ait progressé, en sorte que l'œuvre doive nécessairement être soumise à une refonte, pour que le nom d'un savant illustre ne demeure pas attaché à des erreurs désormais reconnues.

En somme, l'intérêt de la réputation de l'auteur exige qu'il conserve la faculté de corriger indéfiniment son œuvre, et cet intérêt est le plus respectable du monde, puisqu'il s'agit ici de l'inviolabilité de la personne de l'auteur, qui se trouve lésée si on le force à publier une pensée qu'il renie.

Mais les conséquences morales d'une publication ou d'une réédition forcée peuvent être bien plus graves.

Indépendamment de toute question de renommée, il se peut que l'auteur, obéissant à d'honorables scrupules, éprouve une répugnance invincible à publier ou à rééditer des ouvrages qu'il avait d'abord l'intention de livrer, ou même qu'il avait déjà livrés à la publicité.

Il se peut que l'auteur, poussé par le désir de faire, non pas du scandale, mais du bruit, ait composé un livre scabreux, puis qu'au moment de le livrer à la publicité, il se sente pris de scrupules, et le garde dans ses tiroirs.

La chose est encore plus concevable, s'il s'agit d'une réédi-

Digitized by Google

tion. L'auteur, en publiant son œuvre, a cédé à l'effervescence de la jeunesse, à une ardeur inconsidérée. Cet ouvrage a peut-être fait scandale à son apparition; il a été le livre de chevet de tous ceux qu'attire l'attrait du fruit défendu. Puis l'auteur, revenu à des idées plus saines, s'est dit qu'il était indigne de lui de prostituer son talent à de pareils travaux, et rompant avec cette littérature, il s'est adonné courageusement à des études plus sérieuses, qui rapportent souvent pour tout profit le plaisir intellectuel de contempler son œuvre, et la satisfaction intime d'avoir noblement exercé ses facultés. Entré dans cette voie, plus semée d'épines que d'écus, le poëte a fait maigre chère. Son imagination lui a rendu supportable une destinée parfois désolante. A côté des souffrances et des misères de la vie réelle, il a eu des consolations qu'il n'a demandées qu'à lui-même, se réfugiant dans un monde enchanté, créé par son imagination, et échappant ainsi aux épreuves trop réelles qu'il lui fallait subir. Aussi, bien que sa vie n'ait été qu'une longue succession d'épreuves auxquelles on s'étonne qu'il ait pu résister, il a traversé l'existence sans trop de peine, insoucieux comme la cigale de la fable, et plus docile aux avertissements de la muse qu'aux réclamations des créanciers. Puis il arrive à la vieillesse. L'intelligence qui lui servait de gagne-pain a perdu la force et l'éclat dont elle brillait autrefois; elle ne suffit plus à le nourrir, et fatiguée d'une lutte inégale contre la misère, se refuse à rien produire, ou ne produit plus que des œuvres sans valeur. La tristesse et le désenchantement envahissent alors l'âme du poëte, en même temps que ses créanciers deviennent plus pressants. Ne pouvant rien obtenir de lui qui ait chance de s'éditer avec succès, ils songent à rééditer les œuvres de sa première jeunesse, qui offrent un si frappant contraste avec celles de son âge mûr, avec les produits de son génie. Ils pensent que cette réédition est appelée à faire scandale, qu'un succès d'étonnement et de curiosité maligne accueillera cette résurrection d'un homme qui n'est plus, et qu'une note aussi discordante, jetée au milieu du concert des voix qui se fatiguent à attirer l'attention, ne permettra pas au public de rester sourd à ce brutal appel. Et à ce point de vue, plus soucieux de leur intérêt que de la dignité du poëte, ils raisonnent juste. Mais

Digitized by Google

ce dernier résiste. Tout ce qu'il y a d'honnête en lui se révolte à la seule pensée qu'il va se voir revivre en des œuvres qu'il renierait, s'il lui fallait aujourd'hui les publier. Il s'indigne qu'après avoir consacré sa vie au noble culte de l'idéal, on puisse déshonorer ses cheveux blancs et souiller sa renommée par la publication d'une œuvre à peine excusable chez un jeune homme. Les créanciers pourront-ils faire bon marché de ces scrupules, et forcer ce vieillard à rougir de lui-même, devant le public, qui avait appris à l'honorer? Il y aurait là une monstrueuse violence faite à la personne et à la conscience de l'auteur.

Non-seulement les conséquences morales du système adverse sont les plus funestes du monde, mais elles deviendraient aisément piquantes, et avec ce système, pas un diplomate ou homme d'État ne pourrait dormir tranquille. Quel est l'homme qui, avant de devenir député ou ministre, n'a pas commis, soit de petits vers, soit de piquants vaudevilles, soit surtout de nombreux articles de journaux?

Quelle source inépuisable de difficultés quand il aura des créanciers! Ceux-ci n'auront peut-être rien de plus pressé que de mettre sous les yeux du public les productions échappées à la première jeunesse de leur débiteur, et le prestige de ce dernier en sera fort amoindri.

Je n'ai parlé jusqu'ici que des conséquences morales de la publication forcée. Que dire de ses conséquences pénales, si elle est de nature à en entraîner contre l'auteur?

L'ouvrage a été écrit ou publié à un moment où la liberté d'imprimer n'était restreinte par aucune loi, tandis qu'une telle loi se trouve édictée au moment où les créanciers veulent éditer l'œuvre. Ou bien cette loi existait lors de la première publication, et l'auteur l'a bravée; mais c'est une témérité dont il se repent, et qu'il ne veut plus commettre. L'auteur s'oppose à cette publication, demande à attendre qu'une législation plus douce ait remplacé la législation actuelle. Et même, pour ne pas être taxé de mauvaise volonté, il va plus loin; il offre de modifier, de mutiler son œuvre, de supprimer ou d'atténuer les passages qui pourraient motiver une poursuite, de mettre la sourdine à l'expression de ses pensées, de se livrer, dans l'intérêt de ses créanciers, à un travail de sous-entendus qui lui répugne; et il demande un

Digitized by Google

délai. Ses créanciers pourront-ils le lui refuser, publier malgré lui cette pensée qu'il renie, lui refuser le droit au repentir, le forcer à commettre un délit, et le traîner jusque sur les bancs de la police correctionnelle ou de la Cour d'assises, pour le faire emprisonner, ce qui ne serait qu'un moyen indirect d'exercer la contrainte par corps, et achever de le ruiner par une lourde amende? Pourront-ils lui imposer le supplice moral de violer à son corps défendant les lois de son pays, qu'il doit respecter, alors même qu'il les jugerait mauvaises?

Ces conséquences peuvent être qualifiées de monstrueuses. Elles sont de plus le complet renversement de tous les principes admis en matière pénale; car, pour être responsable d'un crime ou d'un délit, il faut l'avoir commis librement. Or ici cette liberté chez l'agent fait complétement défaut. Mais alors ce livre immoral sera-t-il impuni, parce qu'au lieu d'avoir été publié par l'auteur, il l'aura été par les créanciers? Cela est impossible. Qui donc sera puni? Ce ne sera point l'auteur, qui n'a pas commis le délit volontairement. Ce ne seront point les créanciers, qui ne sont pas les auteurs de l'œuvre. On arrive de la sorte à une impossibilité juridique.

En somme, la personnalité du droit de l'auteur sur son œuvre résulte avec la dernière évidence de l'impossibilité qu'il y a de ranger ce droit dans aucune des divisions qui s'appliquent aux droits du patrimoine, de la douleur qu'éprouve l'auteur à enfanter son œuvre, et enfin des conséquences morales et pénales qu'entraînerait l'exercice de ce droit par les créanciers.

On pourrait me reprocher d'avoir choisi toujours, au cours de cette étude, le cas le plus favorable, celui où il s'agit d'un homme de génie, d'un de ces hommes dont l'humanité s'honore, ayant un véritable intérêt à entrer dans la jouissance et la communication de leurs œuvres, et à leur laisser tout le temps nécessaire pour les conduire à la perfection. On pourrait objecter que la cause serait moins bonne, si, au lieu d'être celle d'un Corneille ou d'un Molière, elle était celle d'auteurs plus humbles, gagnant péniblement leur vie en brochant de la littérature à tant la ligne, de ceux que Ronsard appelait *petits rimeurs de cour*, *soldats de l'ignorance*,

Digitized by Google

et que Molière qualifiait *rimeurs de balle, opprobre du métier.* Cette espèce de littérateurs, plus humble, mais non pas plus modeste, est en effet plus nombreuse aujourd'hui qu'en aucun temps du monde, et leur cause serait autrement difficile à défendre que celle des puissants génies dont je me suis efforcé de décrire l'œuvre.

Cependant tout écrivain, si humble qu'il soit, fait œuvre intellectuelle: une pensée, bien qu'écrite en lourd et méchant style, est toujours quelque chose d'immatériel, et je conclurais à accorder au plus humble auteur les droits que je revendiquais tout à l'heure pour les plus grands.

D'ailleurs la question ne se posera jamais sur les producteurs à la tâche que je viens de dire. Quant à eux, il sera toujours oiseux de se demander si le droit d'éditer leurs œuvres leur est personnel, ou peut être exercé par leurs créanciers. Ces derniers n'auront pas la simplicité de revendiquer un aussi périlleux exercice; ils savent qu'aucun éditeur ne consentirait, sans une suffisante provision, à imprimer même une collection choisie des articles de leur débiteur, et que les frais d'impression qu'il leur faudrait avancer demeureraient à leur charge. Ils obtiendront plus aisément quelque argent en pratiquant une saisie sur le journal que leur débiteur honore de sa prose, ou sur le libraire dépositaire de ses précieux livres.

Il s'agit donc bien ici des droits du talent et du génie, que notre système respecte et que la doctrine adverse méconnaît ouvertement. ANDRÉ MORILLOT.

BIBLIOGRAPHIE JURIDIQUE ITALIENNE.

Par M. Ernest DUBOIS, professeur à la Faculté de droit de Nancy.

II.

DROIT COMMERCIAL [1].

Alianelli, Errera.

15. *Marchés à terme; Règlements et droits consulaires, sanitaires et maritimes; Assurances maritimes;* rapports du pro-

[1] La commission chargée des études relatives à la réforme du Code de commerce italien a tenu, à la fin d'avril et au commencement de mai, ses

Digitized by Google

fesseur Alb. Errera, au troisième congrès des chambres de commerce du royaume d'Italie (extrait des actes du congrès), Naples, typ. de Angelis, 1871, 53 pages in-8°. Les conclusions du rapporteur sont les suivantes : 1° Il est nécessaire que le nouveau Code de commerce italien déclare valables les marchés à terme, quand ils sont conclus selon les usages commerciaux (ce premier rapport est reproduit avec quelques changements et additions dans l'*Archivio giuridico*, t. VIII, p. 69-108, octobre 1871); 2° que les taxes sanitaires soient vraiment imposées pour subvenir uniquement aux frais de service de santé maritime, et que, dans la mesure où le permet l'état des finances, les taxes consulaires et maritimes soient réformées dans le sens d'un adoucissement; 3° que l'article 461 du Code de commerce italien actuel (reproduisant l'article 318 du Code de commerce français) soit abrogé, sauf la prohibition d'assurer les sommes prises pour change maritime et le salaire des gens de mer; que cependant l'assurance des profits espérés soit restreinte dans les limites fixées par le prix courant du lieu de destination (ce dernier rapport est également, avec quelques modifications, dans l'*Archivio giuridico*, t. IX, p. 39-53, avril 1872).

16. *Les magasins généraux, les récépissés* (fedi di deposito) *et les bulletins de gage* (note di pegno), dans l'histoire, les coutumes et les législations, en Angleterre, en Allemagne, en France et en Italie, par le docteur Alberto Errera, professeur titulaire d'économie politique et de droit commercial, avec un appendice : loi sur les magasins généraux en Italie du 3 juillet 1871 [1]; Venise, 1872, chez l'auteur, S. Fantino, n° 1923; 53 pages in-8° (extrait de l'*Archivio giuridico*, t. VII, p. 325-343, juillet 1871; p. 498-517, août, et t. VIII, p. 242-257, décembre). — Le tirage à part contient en outre un tableau où se trouve le détail du nombre et du tonnage en mesure italienne des navires entrés dans le port de Venise et qui en

dernières séances, dans lesquelles elle s'est occupée du droit maritime, des faillites, du mandat commercial, des chèques, des warrants, des bourses de commerce... Elle est présidée par M. Nic. Alianelli, conseiller à la Cour de cassation de Naples, et a pour secrétaire M. le comte Ridolfi.

[1] M. Barboux a donné la traduction de cette loi dans l'*Annuaire de Législation étrangère*, publié par la Société de Législation comparée. Paris, 1872.

Digitized by Google

sont sortis de 1855 à 1869. — Cette monographie, qui confirme la réputation déjà acquise à l'auteur par d'autres publications, est une étude de législation comparée des plus intéressantes. Bien qu'il écrive à Venise, M. Errera n'hésite pas à dire que les ports francs (tels que Venise et Messine, Trieste, etc.) sont destinés à disparaître tous, ainsi que les institutions qui en sont la conséquence, et que l'avenir est aux magasins généraux, aux récépissés et aux bulletins de gage.

Des antiques coutumes et lois maritimes des provinces napolitaines, notices et documents publiés par M. Nic. Alianelli, Naples, 1871.—Je fais ici une simple mention de cet ouvrage, qui, sans doute, appartient au droit commercial, mais dont j'ai placé une analyse, d'ailleurs trop brève eu égard à son importance scientifique, dans les comptes rendus d'ouvrages relatifs a l'histoire du droit.

DROIT CRIMINEL, RÉGIME PÉNITENTIAIRE, STATISTIQUE PÉNALE.

Alloati, Brusa, Carle, Cesarini, Errera, Perotta, Pizzamiglio.

17. *De l'autorité des lois pénales quant aux lieux et quant aux personnes;* dissertation (thèse de concours pour la chaire de procédure pénale à l'Université de Padoue) de l'avocat Gius. Carle, Turin, 1867, 98 pages in-8°. — La conclusion de l'auteur est que, les lois pénales tendant plus naturellement que les autres à l'unification, bien que le temps où il y aura une loi pénale universelle, ou seulement européenne, soit encore éloigné, cet idéal cependant n'est pas irréalisable, et que les progrès déjà accomplis permettent d'espérer qu'on approchera chaque jour davantage de la conciliation entre la souveraineté des divers États et l'action solidaire qui doit exister entre tous les peuples quant à la répression des délits.

18. *Des principes distinctifs de la sanction pénale pour le délit politique* (*stricto sensu*); thèse libre de doctorat, par M. Enr. Alloati, Turin, typ. littér., 1870, 40 pages in-8°. — L'auteur pense que la direction doit être puisée : 1° dans la distinction entre les intelligences élevées qui, par un besoin naturel à l'esprit humain, aspirent à modifier la constitution, et les intrigants qui espèrent reconstituer leur fortune particulière au milieu de la ruine des institutions; 2° dans la nécessité

Digitized by Google

d'embrasser la cause des premiers, la responsabilité et la lutte étant les conditions d'un bon régime représentatif.

19. *Les jurés aux Cours d'assises,* par l'avocat chev^ier Raim Perotta, de Parme, procureur du roi près le tribunal de Pesaro, Plaisance, typ. Solari, 1871, 560 pages petit in-8° de poche, prix : 3 fr. 50. — Ce traité, essentiellement pratique, contient un exposé aussi clair, simple et complet que possible des dispositions législatives, actuellement en vigueur en Italie, concernant le jury en matière criminelle. L'auteur y met à profit l'expérience qu'il a puisée dans l'exercice de son propre ministère aux assises. Non-seulement le but pratique qu'il se propose est pleinement atteint, mais son ouvrage a encore une valeur incontestable pour les études de législation comparée. Sous ce rapport l'éventualité des modifications de la loi italienne sur le jury ne lui fait rien perdre de l'intérêt qu'il peut offrir, pour nous en particulier qui, en ce moment même, cherchons à améliorer notre législation sur cette matière. Il est divisé en six chapitres : Notions fondamentales, le juré, les listes de jurés, le jury, le débat, le verdict, et suivi de six exemples de positions, de questions et de verdicts. — M. Perotta prépare un Traité de procédure pénale qui, sans doute, ne sera point indigne de l'auteur des *Actes de l'état civil* et des *Jurés :* il doit paraître en livraisons de cinq feuilles in-8° au nombre de vingt environ.

20. *Des jurés en Italie ;* études de l'avocat Clem. Pizzamiglio. Mémoire couronné par la commission du prix Ravizza pour l'année 1871, Milan, typ. del riformatorio di patronato, et chez l'auteur, via della Sala, n° 8, 456 pages in-8°, prix : 6 fr. — Je n'ai pas besoin d'insister sur l'opportunité du livre de M. Pizzamiglio, tant pour la France que pour l'Italie, alors que dans les deux pays les pouvoirs législatifs sont saisis de projets de loi sur le jury. Le projet italien a été l'objet d'une communication de notre confrère M. Lehmann, à la Société de législation comparée. (V. *Bulletin de la Société de législation comparée*, 3e année, 1872, n° 5, p. 145-150.) Dans la dernière livraison de la *Revue*, j'ai donné le texte des principaux articles de ce projet, en y joignant quelques notions sur la législation italienne actuelle ou antérieure en cette matière.

L'Institut lombard ayant mis au concours pour le prix

Digitized by Google

Ravizza [1], en 1869, le sujet suivant : « Examiner l'institution du jury telle qu'elle est établie par la législation pénale en Italie; exposer les résultats qu'elle a produits dans ces dernières années; chercher si elle répond à son but; indiquer s'il y a lieu de la modifier pour qu'elle puisse mieux l'atteindre et quelles seraient les modifications qu'il conviendrait d'y introduire. » Seize mémoires avaient été envoyés : bien que celui de M. Pizzamiglio fût déjà jugé le plus complet, la commission crut devoir suspendre la concession du prix et proposer le même sujet pour 1870 en doublant le prix. Dix-sept mémoires furent présentés. Le prix fut remporté par M. Pizzamiglio. Une appréciation de son travail ayant été faite par une aussi haute et aussi compétente autorité que celle du rapporteur de la commission, M. Fel. Manfredi, je n'aurais garde d'y substituer la mienne. Voici le passage du rapport concernant le mémoire de M. Pizzamiglio; on y verra aussi le jugement porté sur le mémoire de M. Emil. Brusa, professeur à Modène, qui a obtenu une mention honorable et qui n'a pas été loin d'obtenir le prix lui-même : « Le mérite des mémoires n°s 6 et 17 l'emporte sur celui de tous les autres; ils ont tenu la commission dans une grande indécision sur la concession du prix. Le mémoire n° 6, qui dans le concours de 1869 portait le n° 11, est le fruit d'études longues et bien dirigées sur la matière; il est rempli de connaissances statistiques abondantes, bien choisies, convenablement groupées, exposées avec clarté, ordre et érudition; il est riche d'idées qui paraissent longuement méditées et en grande partie acceptables ; — le mémoire n° 17, supérieur aux autres par l'étendue de la doctrine et la connaissance des législations étrangères, présente en abondance, sur toutes

[1] M. le docteur Ravizza, professeur de philologie au lycée Sant-Alessandro de Milan, fonda, par son testament (il est mort il y a environ quinze ans), un prix annuel de 1,000 francs pour le meilleur travail qui serait présenté sur un sujet spécial de droit, de politique, de philosophie ou de littérature. La commission, qui propose les sujets et juge les concours, est composée du président du lycée Beccaria, de Milan, président (M. Piet. Rotondi), d'un historien (M. Ces. Cantù), d'un littérateur (M. Gius. Sacchi), d'un avocat (M. Franc. Restelli, vice-président de la Chambre des députés), d'un philosophe (M. Carl. Cantoni) et d'un magistrat (M. Fel. Manfredi, substitut du procureur général près la Cour de cassation de Turin) ; elle jouit en Italie d'un crédit mérité.

Digitized by Google

les branches de la procédure pénale, des propositions dont plusieurs, au lieu de corriger, tendraient à renverser toute l'organisation actuelle du jury [1]; l'ordre y est parfois défectueux, il n'est point exempt de répétition et porte la trace d'une composition hâtée peut-être par l'échéance du terme fixé pour le concours. Tout considéré, la commission, déterminée par le motif que le sujet mis au concours demandait un travail spécial sur le jury plutôt qu'un traité de procédure pénale en général, résolut de donner la préférence au mémoire n° 6. »

L'important ouvrage de M. Pizzamiglio est divisé en cinq parties. Dans la première (p. 33-100), il traite de l'origine du jury et de son introduction, relativement toute récente, en Italie, où elle date de l'époque des pleins pouvoirs conférés au roi Victor-Emmanuel par la loi du 25 avril 1859; aux chapitres II et III de cette première partie se trouvent les notions historiques sur le jury anglais (p. 42-55) et sur le jury français (p. 56-78). La seconde partie est un exposé de la législation italienne actuellement en vigueur sur le jury (p. 101-130), et la troisième un tableau des résultats qu'il a produits en Italie pendant les années 1866-67-68 (p. 131-164). Dans la quatrième partie (p. 165-186) l'auteur répond à cette question : le jury a-t-il atteint son but en Italie? C'est là qu'il passe en revue et discute les opinions diverses de ses compatriotes sur le jury : plusieurs en demandent résolûment l'abolition [2] (entre autres MM. Giuliani, Pellegrini, Bandi, Piccone, Bonanno...); M. Pizzamiglio trouve ce jugement trop précipité et pense qu'il faut, non abolir, mais améliorer

[1] Celles, par exemple, d'étendre le jury à tous les délits, de former des listes spéciales avec les noms de ceux qui seraient destinés à être chefs du jury; d'abolir l'interrogatoire de l'accusé au débat; de remettre l'examen des témoins et des experts aux parties (examen *croisé* comme en Angleterre); d'exiger des jurés un verdict motivé; de prescrire qu'ils votent, non par bulletins secrets, mais ouvertement, etc. (*Note du rapporteur.*)

[2] Parmi les concurrents pour le prix Ravizza, il se trouva, dans les deux concours, des adversaires du jury, ainsi que le constate le rapport précédemment cité de M. Manfredi, mais il est remarquable que d'une année à l'autre le nombre en diminua sensiblement; en 1869, les mémoires favorables et les mémoires contraires à cette institution étaient en nombre à peu près égal; en 1870, il y en avait quatre seulement des adversaires et treize des partisans du jury.

Digitized by Google

cette institution. La cinquième partie, qui est la principale à tous égards (p. 187-436). est consacrée aux réformes et aux améliorations qu'il y a lieu d'y apporter. Elles font l'objet de douze paragraphes dont l'actualité du sujet m'engage à donner au moins le titre : § 1er, le jury doit être exclusivement une institution judiciaire, p. 196-200; § 2, conditions pour être juré, p. 201-224; § 3, formation des listes, p. 224-248; § 4, attributions et compétence du jury, p. 249-291; § 5, diverses espèces de jury de jugement, p. 291-299; § 6, siége et composition de la Cour d'assises, p. 299-304; § 7, récusation et constitution définitive du jury, p. 304-320; § 8, débat, rôle du président et son résumé (pour l'abolition duquel se prononce l'auteur), disposition de la salle des assises, p. 320-359; § 9, position des questions au jury, p. 359-373; § 10, vote, p. 373-378; § 11, déclaration du jury sur les circonstances atténuantes, p. 379-384; § 12, remèdes contre le verdict du jury, p. 384-399. Suivent deux paragraphes de mesures transitoires, p. 400-436.

Une annexe, à la fin du volume, contient la statistique judiciaire pénale des jugements supérieurs du royaume d'Italie pour 1869, rapport au garde des sceaux, avec un tableau, p. 445-453.

21. *La statistique judiciaire pénale du royaume d'Italie pour* 1869; *résumé critique* de l'avocat Clem. Pizzamiglio, Milan, typ. del riformatorio del patronato, 48 pages in-8°, prix : 60 cent. au profit de l'œuvre des Réformateurs pour les jeunes gens dans la province de Milan.— Distincte de l'annexe dont je viens de parler, cette brochure est une appréciation de la statistique pour 1869 récemment publiée par le ministère de grâce et de justice (c'est la première qui ait paru, celles des années 1866, 1867 et 1868 n'ayant pas été données).

22. Cour d'appel de Lucques : audience de rentrée de l'année 1872.... Discours du procureur général, M. Carl. Cesarini : *compte rendu* de l'administration de la justice dans le ressort, en 1871, *Études sur les réformes de la procédure pénale*, 83 pages in-8°, suivies de quinze tableaux.—Ces études portent sur les points suivants : détention préventive, modification de quelques actes d'instruction, défense du prévenu préalablement à la mise en accusation, résolutions sur les résultats de l'instruction (distinction des trois fonctions de la magis-

Digitized by Google

trature pénale : agir, instruire, juger; de la chambre du conseil); réorganisation des compétences quant au jugement; citation directe et instantanée; jury (maintien, modifications nécessaires).

23. *La réforme dans les prisons italiennes et en particulier dans celles de la Vénétie*, par le professeur Albert Errera, Venise, 1871, 113 pages in-8° (extrait de l'*Écho des tribunaux*). — Je ne crois pas inopportun de signaler cette brochure, alors que, sur la proposition de M. d'Haussonville, l'Assemblée nationale vient de nommer une commission pour étudier les réformes à introduire dans le régime pénitentiaire en France, et à la veille de la réunion du Congrès pénitentiaire international de Londres. L'auteur traite successivement : 1° de la statistique analytique morale; 2° de la statistique de la criminalité dans le pays vénitien; 3° de la maison de peine et de correction pour les hommes à Venise; 4° de la maison centrale de peine pour les hommes à Padoue; 5° de la maison de correction et de peine pour les femmes à Venise; 6° des prisons d'inquisition (M. Errera déplore qu'on ait à cet égard conservé dans les provinces vénitiennes le régime autrichien); 7° des prisons criminelles de Venise et des prisons de justices de paix (*carceri pretoriali*). Des considérations générales terminent l'opuscule où se trouvent nombre de documents d'un grand intérêt, bien propres à montrer l'urgence d'une réforme. Plusieurs des détails que l'on y voit sont révoltants et seraient à peine croyables s'ils n'étaient attestés par l'auteur.

LE PROJET DE CODE PÉNAL ET DE CODE DE POLICE PÉNALE.

24. *Texte du projet des deux Codes et travaux préparatoires*, recueillis et mis en ordre d'après les documents officiels; Florence, impr. royale, 1870. — Tome Ier : I. Discussions et documents sur l'échelle des peines et sur les divers projets de Code pénal; II. Texte en 402 et 130 articles des projets adoptés par la commission dite *compilatrice;* 780 p. gr. in-8°, 10 fr. — Tome II : I. Procès-verbaux des séances de la seconde commission; II. Avis (extraits) de la magistrature et du Conseil d'État; III. Texte des projets de la seconde commission, tant pour le Code pénal (472 art.) que pour le

Digitized by Google

Code de police pénale (121 art.) et pour le règlement fondamental des établissements pénitentiaires (18 art.); 791 p. gr. in-8°, 10 fr. — Rapport au garde des sceaux de la commission nommée par décret du 3 septembre 1869; 87 p. gr. in-8°, Florence, impr. royale, 1871 (M. Fil. Ambrosoli, rapporteur), 1 fr. 50.

Le seul énoncé qui précède suffit à montrer l'importance capitale de cette publication. Elle forme déjà, dans son état actuel, une réunion de documents d'une haute valeur pour les études de droit pénal comparé : si l'on y joint les travaux ultérieurs, et les débats des Chambres, avec tables et renvois opportuns, les Italiens pourront se vanter d'avoir doté la science d'un ensemble de documents des plus précieux et des mieux ordonnés qui existent relativement au droit pénal. On peut attendre d'ailleurs du pays qui a donné naissance à tant de criminalistes de premier ordre, un Code pénal digne du Code civil dont l'Italie est justement fière.

On sent l'impossibilité où je suis de donner ici autre chose qu'une indication toute sommaire et extérieure sur l'ensemble d'une aussi vaste compilation. Je me bornerai à signaler en particulier trois points seulement :

1) La distinction du Code pénal proprement dit et du Code de police pénale apparaît dès le début des travaux préparatoires. Admise, malgré quelques objections, tant par la première que par la seconde commission, elle consiste à faire un Code séparé de ce qui fait dans plusieurs législations, par exemple dans le Code pénal français, l'objet d'un deuxième livre, sous le titre de *contraventions de police et peines*. Cette séparation, dont il y a déjà des exemples dans quelques législations (celle de la Toscane l'avait adoptée), est faite dans le but de mieux marquer celle qui, dans le fond, existe entre les crimes et les délits d'une part, c'est-à-dire les faits où il y a dol et dommage, et les contraventions d'autre part, c'est-à-dire les faits qui sont punis, non comme étant eux-mêmes des délits, mais comme étant une occasion de délits. Tels sont le vagabondage, l'oisiveté et la mendicité ; on ne peut affirmer que le mendiant et l'oisif blessent le droit d'autrui et le blessent avec intention délibérée et mauvaise, il est cependant indispensable de le punir. Le système du Code sarde et du Code français conduit, ou à punir ces faits de

Digitized by Google

peines trop légères et inefficaces si on leur maintient le caractère de simples contraventions, ou pour leur en infliger de plus fortes, à les ranger parmi les délits, ce qui est l'anéantissement de toute classification rationnelle des faits punissables (cp. le rapport de M. Ambrosoli, p. 16). — Je traduis par *Code de police pénale* ce qu'ils appellent *Codice di polizia punitiva* par opposition à *Codice penale :* j'aurais voulu employer une autre épithète pour mieux marquer la différence, mais je n'en ai pas trouvé; un instant, j'avais pensé traduire par *Code de police répressive*, mais cela m'a paru impossible en présence du but que l'auteur même de la proposition, M. Pessina, professeur à l'Université de Naples, assignait à cette distinction : « But de prévention, disait-il, plus que de répression, » procès-verbal de la séance du 10 mars 1866, t. Ier, p. 55.

2) La peine de mort avait été effacée dans le projet de la première commission et avait été remplacée par celle de l'*ergastolo* (emprisonnement cellulaire dans une île, avec travail forcé). Elle a reparu dans le projet de la seconde commission, d'après l'avis des Cours et du Conseil d'État : s'étaient prononcées pour le maintien de la peine capitale, les Cours de cassation de Naples, Palerme et Turin, le tribunal de 3e instance de Venise et les Cours d'appel de Naples, Palerme, Trani, Catanzaro, Turin, Casale, Gènes, Cagliari, Bologne, Parme, Venise et Ancône, ainsi que le Conseil d'État; pour l'abolition, la Cour de cassation de Florence (à la majorité de deux voix) et les Cours d'appel de Florence, Lucques, Milan, Brescia et Aquila. La conséquence sera, si le projet est adopté, de la rétablir en Toscane, où elle était abolie depuis 1859, afin d'avoir l'unité de législation pénale, but auquel, en Allemagne, la Saxe, Oldenbourg, Anhalt et Brême ont sacrifié leur loi spéciale qui n'admettait pas la peine de mort.

3) Je donne enfin, d'après le rapport de M. Ambrosoli, l'énumération des matières dans lesquelles le projet de la seconde commission apporte les principales innovations : 1° rétroactivité de la loi; 2° droit pénal international; 3° détention préventive; 4° causes d'exclusion de l'imputabilité; 5° tentative, récidive; 6° réhabilitation; 7° délits contre la sûreté de l'État; 8° délits contre l'administration publique; 9° abus des ministres du culte; 10° parjure; 11° excitation

Digitized by Google

aux délits, association pour en commettre, armes; 12° falsification de monnaies et de papiers de crédit public; 13° faux dans les documents; 14° délits contre la pudeur, plainte de la partie; 15° inceste; 16° homicide; 17° complicité *correspective* (locution technique adoptée par la jurisprudence des provinces méridionales pour exprimer une sorte de transaction ou moyen terme, par lequel, ne pouvant atteindre la vérité absolue, on se contente d'une vérité relative); 18° duel (c'est une des parties les plus intéressantes de ce rapport, qui en contient tant d'autres).

DROIT CRIMINEL DE L'ÎLE DE MALTE.

Falzon.

25. *Annotations sur les lois criminelles de l'île de Malte* et de ses dépendances, pour servir de guide au juré, par un jeune avocat maltais (Gius. Falzon); 1re partie, Malte, 1870, à la typ. anglo-maltaise et chez Paol. Calleja et Raff. Bonello, 310 p. in-8°, prix : 3 shellings et 6 deniers (environ 4 fr.); 2e partie, Malte, 1872, P. Calleja; 370 p. in-8°, prix : 3 shellings. — Cet ouvrage, écrit en langue italienne, m'a paru trouver ici une place naturelle dans une sorte d'appendice au droit criminel italien. Trop modeste, l'auteur n'avait pas cru d'abord devoir mettre sur la première partie son nom, qui figure seulement sur la seconde. Il commente suivant la méthode exégétique et dans l'ordre des articles dont il reporduit d'abord le texte en italien, le Code des lois criminelles de l'île de Malte entré en vigueur le 10 janvier 1854, ajoutant à son commentaire des notions historiques curieuses et abondantes, et des renvois opportuns aux lois et aux auteurs de divers pays (Italie, France, Allemagne, Angleterre, Amérique). On y verra, entre autres choses, comment le jury, introduit à Malte dès 1815, eut beaucoup de peine à s'y acclimater, fut sur le point d'y être supprimé et y fut définitivement maintenu. La 1re partie comprend le commentaire des articles 1 et 312 (lois criminelles abrogées), puis des articles 2-49 (classification des délits, action criminelle et son exercice, peines de diverses espèces, échelle des peines,— réglée avec un soin spécial par l'article 31,— démence, fureur, contrainte, minorité, tentative, complicité, récidive).

Digitized by Google

La seconde partie contient les observations sur les articles 50-150 (délits contre la sûreté du gouvernement, la tranquillité publique, l'administration de la justice et les autres administrations, abus d'autorité, etc., avec deux études, qui ne sont pas les moins intéressantes, sur deux titres qui ne figurent pas au Code, mais font l'objet de dispositions spéciales : 1° celui des délits contre le respect dû à la religion (p. 5-26), et 2° celui des délits contre la neutralité du gouvernement envers les puissances étrangères (p. 57-80).

ERNEST DUBOIS.

BIBLIOGRAPHIE.

TRAITÉ DE LA PRESCRIPTION EN MATIÈRE CIVILE [1],

Par A. LE ROUX DE BRETAGNE, conseiller à la Cour de cassation.

La prescription est une matière si importante, si délicate et sur laquelle il reste encore, malgré les travaux dont elle a été l'objet, tant d'incertitudes et d'obscurités, qu'un nouvel ouvrage où il en est traité mérite toujours d'attirer l'attention.

Dans les deux volumes que lui a consacrés M. le Roux de Bretagne, on trouve une doctrine judicieuse, exposée avec la précision et la simplicité qui sont le vrai langage du droit. L'auteur y met à profit l'expérience que lui fournissaient une longue carrière judiciaire et notamment les délibérations de la Cour suprême, dont il adopte le plus souvent les solutions, comme on pouvait naturellement s'y attendre, mais en entendant reconnaître cependant moins l'autorité de la Cour que celle même de la raison.

Ce qui fait le mérite propre et l'originalité de son ouvrage, c'est qu'il ne s'est pas borné au commentaire du dernier titre du Code civil et à l'étude des règles générales de la pres-

[1] 2 vol. in-8° de 478 p. et 510 p. Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 9, rue Cujas.

Digitized by Google

cription, de la possession et des actions possessoires. Il en a rapproché les diverses dispositions législatives concernant la prescription en matière civile, commerciale et même administrative. Deux chapitres sont consacrés à la prescription des priviléges et hypothèques et à celle des servitudes; un autre, plus développé encore, à celle de l'action en nullité ou en rescision des conventions. Dans le chapitre *de quelques prescriptions particulières*, après avoir traité de celles qui résultent des articles 2271-2281 du Code civil, il expose celles que le Code de commerce établit en faveur des associés non liquidateurs et des voituriers, ainsi qu'en matière de lettres de change et de billets à ordre, et en matière de contrats maritimes; il s'occupe enfin des prescriptions abrégées qui résultent de quelques lois spéciales : 1° de la prescription de l'action en responsabilité des agents de change à raison de certains transferts qu'ils sont chargés d'opérer; 2° de celle des créances sur l'État; 3°-7° de la prescription en matière de douane, de contributions indirectes, de contributions directes, d'enregistrement, enfin de droits de greffe, d'inscription et de transcription hypothécaires et de timbre.

Les recherches sont facilitées par une table raisonnée des matières, suivant l'ordre alphabétique; fort développée cette table n'a pas moins de 140 pages.

Le traité de M. le Roux de Bretagne est une œuvre longuement méditée que peuvent consulter avec fruit ceux qui ont à discuter ou à résoudre quelques-unes des nombreuses questions que soulève la prescription.

Il y a lieu toutefois de faire quelques réserves au point de vue de la théorie pure et de l'histoire; en ce qui concerne particulièrement le droit romain, il faut avouer qu'alors même qu'il ne commet pas précisément d'erreurs, il n'en parle cependant pas avec l'exactitude qui serait nécessaire, mais qu'il est d'ailleurs si rare de rencontrer chez ceux qui n'en font pas l'objet spécial de leurs études. E. D.

Digitized by Google

RÉPÉTITIONS ÉCRITES SUR LE DROIT ROMAIN [1],

Par Léopold Thézard,
Professeur à la Faculté de droit de Poitiers.

M. Thézard vient de publier une seconde édition de ses *Répétitions écrites sur le droit romain* qui avaient, à leur première édition, obtenu un légitime succès. Déjà connu par des travaux intéressants sur toutes les parties du droit, notamment sur l'histoire et la philosophie, M. Thézard se propose cette fois un but aussi utile, mais plus modeste : mettre aux mains des étudiants le résumé clair, complet, précis et exact de ce qu'il leur est indispensable de savoir sur le droit romain. Ses *Répétitions* répondent tout à fait à leur destination et méritent en même temps qu'on ne les confonde pas avec les manuels d'examen : le droit y est exposé scientifiquement; les notions historiques essentielles y sont à leur place; la raison de la loi romaine et de ses transformations y est toujours indiquée; la doctrine, enfin, est d'une sûreté parfaite. Faire un bon livre élémentaire est plus difficile qu'on ne le croit : il faut beaucoup de savoir et d'expérience pour poser avec méthode les principes généraux, dire et bien dire les choses essentielles et laisser de côté les détails de pure érudition. M. Thézard a le savoir et l'expérience; aussi a-t-il pleinement réussi et la lecture de son livre ne saurait-elle être trop vivement recommandée : elle instruira ceux qui ne savent pas et elle intéressera ceux qui savent.

E. GARSONNET.

[1] Seconde édition, revue et considérablement augmentée; 1873, chez Thorin, libraire, rue de Médicis.

Digitized by Google

NÉCROLOGIE.

La *Revue critique* vient de faire une perte sensible en la personne de son éditeur-gérant. Pendant vingt-deux ans, M. F. Cotillon avait prêté à notre recueil le concours le plus dévoué, et nous nous étions habitués à voir en lui un collaborateur éclairé, non moins qu'un éditeur actif et prévoyant. La haute capacité qu'il avait déployée dans la publication des œuvres juridiques lui avait assuré une des premières places parmi les éditeurs de jurisprudence. La droiture de son jugement, la sûreté de ses rapports, son zèle sincère pour tout ce qui touche la science du droit et ses adeptes, lui ont aussi conquis le premier rang dans les souvenirs et l'estime de tous ceux qui l'ont connu.

L'administration de la *Revue* sera désormais confiée à M. Auguste Cotillon, fils de notre regretté gérant, déjà associé à sa maison et digne d'en continuer les honorables traditions. E. L.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

1466 — Paris.— Imprimerie Cusset et Cᵉ, 26, rue Racine.

Digitized by Google

LES CONSEILS DE PRÉFECTURE.

Par M. S. MIGNERET, ancien conseiller d'État.

Rapport au nom de la commission de décentralisation chargée d'examiner la proposition de M. Raudot sur la décentralisation, en ce qui concerne la suppression des conseils de préfecture, par M. Lefèvre-Pontalis [1].

Rapport fait par M. de Marcère au nom de la commission des services administratifs [2].

Rapport fait au nom de la commission du budget par M. Monjaret de Kerjégu [3].

Quelle que soit la forme du gouvernement, monarchie pure, monarchie constitutionnelle ou république, il y aura toujours une *administration* chargée de commander et d'agir au nom de l'intérêt collectif de l'*État*, et des *citoyens* ayant, indépendamment de leur part indirecte dans cet intérêt collectif, des prétentions et des droits individuels; toujours il en résultera entre les administrateurs, d'une part et les particuliers, de l'autre, des rapports desquels surgiront des difficultés, des résistances et des réclamations. Il faudra donc régler ces rapports, prévenir autant que possible les erreurs, sanctionner ou réprimer les résistances, accorder ou refuser les réparations sollicitées. Tout cela nécessite une autorité qui examine, juge et décide. Cet état de choses constitue ce que nous appelons *contentieux administratif*, *garanties contre les excès de pouvoirs*, en un mot la *juridiction administrative*. On est libre de discuter sur les mots suffisamment compris cependant, de modifier les définitions, mais le fond des choses ne changera pas. Les contestations à propos des actes administratifs sont des faits inévitables, nécessaires et non une création arbitraire du législateur. En supprimant le juge on ne fait pas disparaître la matière du jugement et, comme il faut à l'instant remplacer ce juge par un autre, toute cette

[1] Assemblée nationale, annexe au procès-verbal de la séance du 24 juin 1872, n° 1217.

[2] Rapport fait par M. de Marcère au nom de la commission des services administratifs, annexe au procès-verbal de la séance du 3 décembre 1872, n° 1455.

[3] Annexe au procès-verbal de la séance du 12 décembre 1872.

Digitized by Google

réforme se réduit en dernière analyse à un déplacement d'attributions.

Nous laissons aux hommes politiques le soin d'apprécier si c'est bien là ce que commandent nos tristesses du présent et nos craintes de l'avenir et si l'opportunité de cette discussion est bien démontrée, pour ne nous occuper que du fond même de la question en suivant les rapporteurs des trois commissions de l'Assemblée nationale.

I

La juridiction administrative telle que soixante-douze années de législation, de pratique et de discussions théoriques l'ont constituée en France, répond aux trois faits que nous avons déjà indiqués :

Lorsque, tout en usant de ses pouvoirs légaux, l'administration prend des résolutions qui peuvent atteindre les citoyens dans leurs intérêts matériels, il y a certaines formes, certaines précautions pour garantir ces intérêts contre les erreurs d'une décision prématurée, ou pour régler le mode d'après lequel ils pourront réclamer et, sans contester le droit, en solliciter une meilleure application.

Si, outre-passant ses pouvoirs, un administrateur porte par un acte de son autorité, atteinte aux intérêts privés, un recours formel est ouvert à la personne lésée et l'acte est examiné et annulé, lorsque l'excès de pouvoir est reconnu, par une autorité autre que l'administrateur mis en cause.

Lorsqu'enfin à l'occasion d'actes réguliers, de contrats ou de faits légaux, des difficultés surgissent entre l'administration et les particuliers entre *deux droits* qui se heurtent, de véritables procès s'instruisent et sont jugés contradictoirement.

Ce n'est pas sans efforts et sans hésitations que les choses se sont ainsi réglées, et la solution du problème est et restera difficile malgré la désinvolture avec laquelle il est tranché dans les rapports que nous examinons. L'œuvre nous paraissait en bonne voie d'achèvement lorsque suivant la méthode révolutionnaire on a proposé de jeter l'édifice à bas au lieu de le réparer.

Dans les difficultés qui surgissent entre l'administration et les particuliers, il n'y a qu'une apparence d'analogie avec les

Digitized by Google

contestations agitées entre deux personnes privées. Celles-ci agissent uniquement dans leur intérêt personnel et ne se préoccupent que du succès; par contre la décision n'intéresse qu'eux-mêmes et non l'ensemble du public. L'administration, au contraire, n'agit que dans un intérêt général; elle ne saurait avoir d'intérêt personnel et les difficultés qu'elle rencontre lui sont un avertissement d'améliorer son action, de poser pour l'avenir les règles qui les préviendront. Les décisions qui interviennent sur de telles difficultés ont donc une portée plus haute, une tout autre importance que les jugements d'ordre privé. Quand il a été décidé par exemple, qu'un préfet a excédé ses pouvoirs en portant une défense ou en imposant une obligation hors de sa compétence ou des cas prévus par la loi, l'acte est annulé en ce qui concerne le préfet, mais en même temps la limite des pouvoirs est déterminée, le sens de la loi est fixé et l'administration des autres départements est tenue de s'y conformer. Les bornes de cette étude ne nous permettent point de signaler les décisions de la juridiction contentieuse qui sont devenues des principes et ont motivé des circulaires générales; les personnes qui voudront s'en convaincre pourront le faire facilement en parcourant et en comparant les collections d'arrêts et de circulaires ministérielles.

Cette double différence dans la position des personnes et dans les conséquences attachées aux décisions est, à notre sens, d'une grande importance, et nous insistons à dessein sur elle au début de ce travail. On conçoit dès lors que le législateur se soit préoccupé de la jurisprudence administrative et ait attaché une grande attention à ce que cette jurisprudence, qui devient peu à peu la règle des administrateurs, fut entourée des lumières nécessaires et restât conforme à l'esprit des lois qu'elle applique et interprète.

Les lois administratives et les lois de l'ordre civil, quoique obligatoires les unes et les autres ont pourtant des caractères différents. La loi civile est de sa nature inflexible, son commandement s'impose sans souci des conséquences et avec une roideur littérale; la loi administrative qui n'est qu'une règle à suivre dans la poursuite d'un but parfaitement défini, s'imprègne davantage, dans l'application, de l'esprit toujours indiqué et présent du législateur. Celui-ci en imposant, en vue

Digitized by Google

du résultat à obtenir, certains devoirs, certaines obligations, a certainement voulu que ce but ne fût jamais perdu de vue et que la jurisprudence ne vînt point, par des subtilités de barreau ou des roideurs d'école, paralyser l'intention dont la loi est le moyen d'exécution. De là une flexibilité plus grande dans l'interprétation des lois administratives parce que cette interprétation doit être sans cesse éclairée par la connaissance de la volonté du législateur qui l'a dictée et du but à atteindre; on ne doit rien faire contre elles, mais à l'exemple des contrats elles doivent être interprétées dans le sens qui en rend l'application possible et non dans le sens qui paralyse leur action.

D'autre part, les contestations nées à l'occasion des actes de l'administration diffèrent notablement dans leurs effets des procès entre particuliers. De même que ceux-ci ne poursuivent que la satisfaction d'un intérêt personnel et privé, le jugement qui intervient n'exerce qu'une influence bornée à cet intérêt. Qu'un particulier plaide contre l'entrepreneur de sa maison, il n'y a d'arrêté que le chantier de cette construction, et le public n'en est pas touché; mais que l'entrepreneur d'une route élève une contestation qui arrête les travaux et toute la circulation de cette route, tous les intérêts qu'elle dessert sont en souffrance.

Ces considérations expliquent l'origine et justifient l'existence de la juridiction spéciale et administrative sans qu'il soit besoin de recourir, comme on l'a fait, à la question de la séparation des pouvoirs.

Sous l'ancien régime, qui n'avait certes pas pesé ce principe, la force des choses avait fait surgir la juridiction administrative, malgré l'omnipotence des parlements. La Cour des Aides, les tribunaux d'Élection, les Maîtrises des eaux et forêts, l'Amirauté, étaient bien des tribunaux spéciaux. Aussi, quand l'Assemblée constituante réorganisa l'administration française, il ne vint à personne l'idée de supprimer ce genre de juridiction, parce qu'on ne supprime pas les faits nécessaires; mais pressés par le temps, les législateurs ne purent l'organiser; prenant le parti le plus expéditif, la loi des 7-11 septembre 1790 laissa l'administration active *juge* de son propre contentieux.

Ce que l'on n'a pas assez remarqué, c'est que notre légis-

Digitized by Google

lation moderne a non-seulement admis mais multiplié, en se développant, les tribunaux spéciaux.

Les tribunaux de commerce ont été rétablis et siégent à côté des tribunaux d'arrondissement, bien qu'ils appliquent à peu près le même droit dans un grand nombre de cas, parce qu'on suppose que des *commerçants* apporteront dans l'application des lois ce tempérament, cette connaissance intime des affaires, qui résulte de la pratique, et que le commerce sera mieux jugé par ce tribunal *d'équité* que par des magistrats purement juristes.

Les tribunaux des prud'hommes sont une création émanée de la même opinion, et ont pour mission d'appliquer, d'interpréter, dans un esprit conforme à la pratique, les règles du travail entre patrons et ouvriers.

Le jury criminel a pris naissance dans cette conviction, que des citoyens mêlés à tous les actes de la vie commune et au courant des passions du moment, jugeront les *faits* plus équitablement que des tribunaux composés de magistrats que l'habitude et la science du droit pourraient placer trop en dehors de ces tempéraments d'appréciation sans lesquels il n'y a pas une bonne justice,

Le jury d'expropriation pour cause d'utilité publique a été substitué à la magistrature dans l'évaluation des propriétés expropriées, par une raison analogue.

La loi militaire a voulu que, même en temps de paix, l'esprit de discipline de l'armée fût maintenu par des tribunaux spéciaux et militaires.

Dira-t-on que tous ces tribunaux ne sont pas *la justice* parce qu'ils sortent du cercle de ce que les rapporteurs veulent exclusivement nommer de ce nom ? Nous ne le pensons pas. Mais alors pourquoi les *faits* administratifs n'auraient-ils pas leur prétoire spécial ? Quelle différence théorique y a-t-il entre un tribunal de commerce et un conseil de préfecture, l'un restreignant la compétence universelle du tribunal d'arrondissement quant au contentieux commercial, l'autre la restreignant quant au contentieux administratif? S'il n'y a de justice, comme le prétend M. de Marcère, que là où un juge unique et universel est juge de tout, les tribunaux de commerce n'ont pas plus de raison d'être que le conseil de préfecture.

Digitized by Google

Concluons donc que l'universalité de juridiction conférée à un seul corps judiciaire n'a jamais existé et n'existe pas dans notre droit, que les tribunaux spéciaux y ont occupé et y occupent une grande place à côté de la justice dite civile, et que dès lors les tribunaux administratifs n'y sont ni une *monstruosité* ni une nouveauté enfantée par la politique. Ils répondent à un fait inévitable, ce qui explique leur persistance à travers toutes les commotions et leur adoption par ceux-là mêmes qui les combattaient, lorsqu'ils ont passé de l'opposition au pouvoir.

Cette justice spéciale est-elle bonne ou mauvaise?

Voilà en réalité la question principale et l'on peut dire la seule question. Car si elle est bonne, si les intérêts n'en souffrent pas, peu importent quelques imperfections théoriques que la pratique a corrigées. Si elle est injuste, il est bien plus logique de la condamner pour cette mauvaise qualité que pour des raisons de métaphysique politique et au nom d'une citation de Montesquieu et de deux phrases de M. de Broglie.

Mais c'est une question de fait et il eût été nécessaire pour la résoudre d'étudier dans le détail les documents nombreux que soixante-douze années d'application ont entassés dans les recueils et dans les livres de jurisprudence. En effet, la juridiction administrative se résume dans les arrêts du Conseil d'État et dans les circulaires ministérielles traçant aux agents de l'administration la règle à suivre. Ce n'eût pas été un travail inutile que l'examen des arrêts du Conseil d'État et des circulaires. On y aurait vu qu'au milieu d'hésitations et de variations dans tout les corps judiciaires sont tributaires, cette jurisprudence a été constamment progressive, s'efforçant de maintenir l'exécution des lois d'intérêt général, mais de la concilier avec l'intérêt privé et de multiplier les garanties en faveur de celui-ci.

On aurait remarqué qu'arbitraire et confondue avec l'administration même à son origine nouvelle (1789-1800), la juridiction administrative s'est constituée en tribunaux régulier (1800) — (conseil de préfecture, Conseil d'État) — s'est tracé des règles dont la législation a fait des lois. Nous ne pouvons entrer dans un détail qui nous mènerait trop loin, mais nous rappelons la sévérité du Conseil quant aux abus de pouvoirs, l'accès facile et sans intermédiaire obligé et oné-

Digitized by Google

reux, des tribunaux administratifs et les garanties assurées à la propriété contre les tendances du pouvoir exécutif. En traitant la question par le côté pratique, on serait arrivé à dire comme était obligé de le faire au lendemain de la révolution de 1848, le ministre placé à la justice par le gouvernement provisoire :

« Quant à la justice du Conseil d'État, je ne parle pas des « décisions administratives qui interviennent dans le sein des « comités [1], je parle de la justice contentieuse, je déclare à « l'Assemblée par expérience, par certitude, que cette justice « consciencieuse est une très-bonne justice, qu'elle est ren- « due avec le plus grand esprit d'ordre, d'équité, d'impar- « tialité avec une connaissance profonde et intelligente des « faits. » (*Moniteur* du 14 décembre 1848.)

Ainsi étudiée, la question des conseils de préfecture eût été placée sur son véritable terrain; on aurait reconnu qu'elle n'est qu'une branche de la question véritable et ne peut être traitée séparément de celle qui concerne toute la juridiction administrative, et l'on aurait été forcé de conclure contre la proposition de M. Raudot parce qu'elle ne s'applique qu'à un fait particulier lorsqu'il fallait s'abstenir ou agir d'ensemble. On aurait compris qu'il y a quelque inconséquence à organiser par une loi le juge d'appel (section du contentieux du Conseil d'État), et quelques mois après à supprimer le juge de première instance. Cette connexion d'idées est si évidente qu'elle perce dans les rapports et que la discussion sur les conseils de préfecture entraînera celle de toute la juridiction administrative et influera sur l'existence du Conseil d'État dont le rôle est fini le jour où il ne connaîtra plus des excès de pouvoirs et du contentieux [2].

Mais l'étude ne devait pas se borner à l'institution seule du conseil de préfecture, l'intérêt des justiciables comman-

[1] M. Crémieux oublie que les comités et le contentieux se recrutent parmi les mêmes hommes et qu'il serait étrange que ces hommes fussent injustes dans une salle et justes dans l'autre,

[2] « En effet, la conséquence forcée de la suppression des conseils de préfecture, comme tribunal administratif du premier degré, c'est la suppression du Conseil d'État comme juge d'appel de leurs décisions; et ce serait probablement, dans un prochain avenir, l'abolition de toute justice administrative. » (Rapport de M. Lefèvre-Portalis, p. 25 et 26.)

Digitized by Google

dait de porter l'examen sur les successeurs désignés. Institués en même temps que la justice administrative, et pour statuer sur les faits d'un autre ordre, les tribunaux civils sont-ils organisés de manière à rendre une bonne, c'est-à-dire une prompte et économique justice? Possèdent-ils les connaissances spéciales et nécessaires à l'administration? L'école où se forme les licenciés est presque exclusivement consacrée à l'étude du droit civil et théorique. L'année de doctorat y est encore plus affectée que les autres; les candidats font leur apprentissage, quand il est réel, soit dans un stage au barreau, soit dans le secrétariat d'un parquet où le droit criminel domine exclusivement. La procédure qu'on suit devant les tribunaux est celle de l'ancien Châtelet, amendée en 1807, et dont la révolution a empêché la réforme en 1870[1]. Cette procédure et les traditions font du *juge* un être impassible qui n'agit point par lui-même et n'a aucune initiative; assis comme la statue de Thémis qui, l'oreille ouverte, mais les yeux bandés et les mains armées d'une balance, symbolise le jugement absolu, il écoute, ordonne et prononce sans souci des conséquences économiques, entouré d'un collége d'avoués et d'avocats, servi par des huissiers et éclairé par des *écritures*, des significations et autres actes dont le timbre constitue la plus grande utilité.... pour le fisc. Ne semblait-il pas qu'une investigation préalable sur cet ordre de choses était utile, qu'il fallait examiner si un tel milieu convient au contentieux administratif et si, avant d'engager les justiciables dans ce prétoire, il n'était pas nécessaire d'en dégager les abords en réformant la procédure? Tout se tient dans un organisme compliqué, et ce n'est pas impunément qu'on retranche une roue dans une œuvre mécanique; les autres ne peuvent en remplir la fonction sans être modifiées elles-mêmes.

L'objection était si naturelle qu'elle a été prévue mais résolue par une affirmative plus tranchante que motivée[2].

[1] Au mois d'août 1870 le Corps législatif était saisi du projet de loi sur la vente judiciaire, le Sénat du projet relatif à la procédure devant le conseil de préfecture; le Conseil d'État, au rapport de MM. de Parieu, Riché et Migneret, avait adopté en section de législation presque toute la rédaction du nouveau code de procédure et eut terminé dans l'année ce grand travail.

[2] Voir le rapport de M. Lefèvre-Pontalis, p. 24.

Digitized by Google

Il est une autre partie des attributions du Conseil d'État et des conseils de préfecture qui méritait une sérieuse attention, c'est leur intervention comme contrôle et comme garantie d'examen préalable à des décisions qui, n'étant pas susceptibles d'être attaquées par la voie contentieuse, intéressent cependant d'une façon très-grave la fortune des particuliers. Celles-là disparaissent sous l'affirmation que leur *importance ne justifie pas l'existence des conseils de préfecture*[1] ou que les *attributions judiciaires* de ces corps sont *la seule fonction par laquelle ils se défendent*[2]; nous reviendrons sur cela en examinant les onze articles qu'il a fallu rédiger pour y suppléer.

Mais on n'a pas même accordé une mention aux excès de pouvoirs, cette partie de ses attributions par laquelle le Conseil d'État maintient dans l'administration tout entière, depuis le Chef du Pouvoir exécutif jusqu'au maire de la plus petite commune, le respect de la loi et de la limite des pouvoirs. Que deviendra le droit des citoyens à cet égard quand toute juridiction administrative aura disparu? Les recueils constatent que ce n'est ni une pure théorie, ni un contrôle complaisant que cette institution[3].

Tous ces *desiderata* font que les rapports préparent mal l'esprit à admettre comme nécessaire la suppression des conseils de préfecture, et à regarder la question comme suffisamment étudiée; mais quand de la préface on passe à l'œuvre, c'est-à-dire au projet de loi, le doute devient conviction et on s'aperçoit que le but atteint est diamétralement opposé au but promis; qu'au lieu d'augmenter les garanties on les diminue, qu'on centralise au lieu de décentraliser, qu'on complique au lieu de simplifier, et que tout cela, pour emprunter une expression d'atelier, *ne se tient pas debout*.

Nous regrettons de formuler ainsi une opinion aussi sévère, mais elle résulte d'un examen très-attentif et calme comme notre désintéressement des choses du moment nous le permet. Si le lecteur a la patience de nous suivre dans

[1] Rapport de M. Lefèvre-Pontalis, p. 4.
[2] Rapport de M. de Marcère, p. 30.
[3] Voir les comptes rendus des travaux du Conseil d'État et notamment ceux de 1852 à 1860 et 1860 à 1865, imprimerie nationale.

Digitized by Google

l'analyse des arguments et dans l'étude du projet de loi, nous espérons lui faire partager notre conviction.

II

Toute la partie scientifique des rapports se compose d'une citation de Montesquieu et de deux phrases de M. de Broglie. Ces dernières ont paru si topiques qu'on les retrouve dans l'un et dans l'autre rapport.

Montesquieu a dit : « Il n'y a point de liberté si la puis-« sance des juges n'est pas séparée de la puissance législative « et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance légis-« lative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait « arbitraire car le juge serait législateur; si elle était jointe à « la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un « oppresseur. » Montesquieu a raison, mais on conviendra qu'il est cité hors de propos à l'occasion des conseils de préfecture et de la juridiction des tribunaux administratifs, car c'est précisément pour faire une séparation entre l'*exécutif* qui agit et le juge qui *juge* qu'on a dépouillé l'*exécutif* du droit de prononcer sur les réclamations qu'il soulève et organisé des tribunaux administratifs qui n'ont aucune autorité d'exécution. C'est enfin pour mieux corriger ce qu'une trop grande concentration de pouvoirs en une seule main peut avoir d'inconvénients qu'on a exigé à titre de garantie l'avis et l'examen préalables de corps délibérants sur certains actes pouvant influer sur les fortunes privées. Montesquieu qui avait en vue les hautes régions du pouvoir mais qui connaissait la pratique de l'intendance de Guienne où l'on *administrait* et *jugeait* en même temps, aurait trouvé quelque progrès et l'application même de son principe dans la préfecture de la Gironde où le préfet administre pendant qu'un conseil de préfecture délibère ou bien statue sur le contentieux ayant pour régulateur de sa jurisprudence non le préfet ou le ministre, mais le Conseil d'État.

De Montesquieu descendons à M. de Broglie. L'auteur de l'esprit des lois méditait dans le calme de la philosophie et de l'érudition, M. de Broglie attaquait en 1828, sous les inspirations d'une ardente opposition, une juridiction dont il devait deux années plus tard prendre la présidence (août 1830)

Digitized by Google

et, soit comme ministre, soit comme législeur, développer les attributions. Cette circonstance enlève bien quelqu'autorité doctrinale à l'opinion de M. de Broglie, mais nous n'aimons pas les arguments indirects.

M. de Broglie a donc écrit : « Toute réclamation élevée « contre un acte quelconque du gouvernement *statuant de* « *puissance à sujet;* toute réclamation dont le but est d'obte- « nir soit la révocation, soit réformation d'un tel acte; toute « question en un mot qui porte sur le mérite, sur la justice, « sur l'opportunité d'une mesure prise par le gouvernement « discrétionnairement et dans la limite de ses pouvoirs doit « être portée devant le gouvernement lui-même.

« Toute plainte, en revanche, qui se fonde sur les termes « exprès d'une loi, d'un décret, d'une ordonnance, d'un ar- « rêté n'importe, toute question dont la solution se trouve « d'avance écrite dans un texte, tellement que les faits étant « vérifiés il ne reste plus qu'à voir ce que porte le texte invo- « qué, jusqu'à quel point il s'applique ou ne s'applique pas, « est du ressort des tribunaux. »

Eh bien, à son grand honneur, le gouvernement n'a pas accepté pour l'administration le premier principe dans toute son étendue. Sans se dépouiller du droit de statuer lui-même sur les réclamations que soulèvent ses actes de *puissance à sujet*, il a compris tout ce que ce droit appliqué d'une manière absolue renfermait d'arbitraire et d'erreurs possibles. Pour être légal et parlementaire l'absolutisme n'en est pas moins pernicieux. Il a voulu qu'à côté de l'administration qui décide sous sa responsabilité il y eut des corps délibérants dont l'examen fût une source de lumières, une précaution, sans être un obstacle et c'est là précisément la cause des attributions administratives du Conseil d'État et des conseils de préfecture dont le rapport de M. Lefèvre-Pontalis fait si bon marché. Qu'on nous permette d'éclaircir ceci par un exemple. Tout le monde connaît la célèbre anecdote du meunier de Sans-Souci grâce au charmant conte d'Andrieux dans lequel Frédéric II apparaît sous un air de bonhomie qui ne fut jamais son partage. Supposons la théorie de M. de Broglie appliquée et que le roi prît au mot l'opiniâtre meunier en le renvoyant devant les juges de Berlin, après avoir toutefois déclaré l'utilité publique de l'expropriation. Comme cela est

Digitized by Google

un des actes de *puissance à sujet* les juges auraient dû se déclarer incompétents et nous serions privés d'une des curiosités de Postdam et d'un souvenir agréable d'un monarque qui n'en a guère laissé de cette nature.

Dans notre organisation actuelle au contraire avant de déclarer cette utilité le roi aurait dû subir le contrôle et les avis prévus par la loi de 1841 et, s'il eût passé outre, le meunier eût pu *avant* contester l'opportunité du sacrifice qu'on lui demandait, et *après* s'en faire largement payer. Voilà les avantages de ces attributions administratives et des délibérations de corps éclairant les actes de l'administration.

Quant au second point de la doctrine de M. de Broglie, il est plus juste; c'est même une définition acceptable du contentieux. Mais il ne heurte point la théorie actuelle, car toutes ces contestations sont précisément celles qui sont déférées à la justice administrative. Le point de dissentiment est que M. de Broglie nie à ces tribunaux le caractère judiciaire. Mais où est la raison? Quand un ou plusieurs magistrats nommés à l'avance avec une compétence et des pouvoirs déterminés, obligés de se conformer à des règles de compétence et de procédure, ne peuvent juger qu'après avoir appelé et entendu les intéressés et prononcent des sentences obligatoires pour tous, pour le justiciable comme pour le gouvernement, nous reconnaissons tous les caractères essentiels de la justice et nous voyons un tribunal régulier.

Or, tels sont les caractères du conseil de préfecture et du Conseil d'État. Il est difficile de comprendre pourquoi trois fonctionnaires nommés par l'autorité, siégeant dans un certain lieu, jugeant suivant certaines formes, sont plutôt la justice que trois autres nommés de même, jugeant aussi suivant des lois de procédure et de compétence, et siégeant dans un autre lieu. Les uns sont amovibles, dit-on, et les autres non; voilà donc la différence. Nous reviendrons sur ce point, mais quant à présent, rien dans l'institution des conseils de préfecture ne paraît heurter la distinction faite par l'écrivain, et c'est sans doute la raison pour laquelle, en fait, il a siégé au Conseil d'État, et n'a pas demandé la suppression de la juridiction administrative.

Ces considérations n'ont pas échappé aux rapporteurs, et ils se sont efforcés d'accumuler les reproches contre les con-

Digitized by Google

seils de préfecture, sans remarquer que ceux relatifs au choix du personnel ne prouvent qu'une erreur de conduite et n'ont aucune valeur contre l'institution, que d'autres se contredisent et que le nombre ne remplace pas la qualité. Essayons de les dégager des périodes et de les présenter dans toute leur force.

L'existence des conseils de préfecture est incompatible avec le principe de la séparation des pouvoirs;

L'honnêteté publique s'oppose à ce que l'administration soit juge et partie dans sa cause;

Voilà, de l'aveu de M. Lefèvre-Pontalis, les deux points fondamentaux de son opinion; il y joint les raisons suivantes :

Les tribunaux administratifs (même le Conseil d'État) ne présentent pas ces lumières spéciales qu'on demande comme garantie de la justice administrative.

La procédure n'est pas aussi simple qu'on le prétend, et elle sera tout aussi rapide, tout aussi économique devant les tribunaux.

L'unité si désirable de la jurisprudence sera facilement maintenue par la Cour de cassation.

M. de Marcère, plus rude de style et plus concis, résume tout en une phrase, laquelle est tout un système : « Dans la société « moderne, où la vénalité des offices n'est plus en rapport « avec les mœurs, on a considéré l'*inamovibilité* comme la « garantie suprême de l'indépendance des magistrats, et elle « *l'est en effet* lorsqu'on la combine avec un mode de recru- « tement et d'avancement qui soustrait la magistrature à « l'influence du pouvoir [1]. »

Pressez bien tous ces arguments, et ils se condensent en un seul, en un syllogisme.

Il n'y a de garantie pour une bonne justice que là ou elle est rendue par un corps de magistrats indépendants par leur inamovibilité.

Les tribunaux administratifs étant amovibles, ne sont pas indépendants.

Donc ils ne peuvent rendre une bonne justice et doivent disparaître.

[1] Rapport de M. de Marcère, p. 31.

Digitized by Google

Dans ce syllogisme, commun aux deux rapporteurs, tout est erroné, la majeure, la mineure et la conclusion.

Les garanties d'une bonne justice sont multiples; elles se trouvent dans la probité du juge, dans les lumières éclairant cette probité, dans une expérience suffisante, et dans une bonne procédure. Nous sommes loin de nier que l'inamovibilité soit aussi une garantie et nous ne voulons pas l'attaquer ni faire remarquer que si elle consolide la science et la vertu, elle consolide également le vice et l'ignorance; seulement, au nom de la dignité humaine et des principes supérieurs qui guident les honnêtes gens, nous lui refusons d'être cette garantie *suprême* invoquée par M. de Marcère. Nous repoussons, au nom de la même dignité et de l'expérience, l'assertion qu'un fonctionnaire amovible manque, par cela même, de toute indépendance et ne saurait rendre une bonne justice. On suppose ainsi tout pouvoir corrupteur et tout fonctionnaire corrompu. La forme de cette étude et nos procédés de discussion ne nous permettent pas de prouver l'expérience par des exemples; mais que chacun consulte ses souvenirs, et il y trouvera des gouvernements respectant la conscience des fonctionnaires, des magistrats — ce qui ne diminue en rien le respect dû au corps — déplorablement serviles malgré leur inamovibilité, et des fonctionnaires amovibles aussi fermes qu'indépendants. Vainement une triste et funeste école a cherché à renfermer la moralité et la liberté humaines dans un système de combinaisons artificielles et de procédures constitutionnelles qui matériellement et malgré elles les empêchent de défaillir, elle y a échoué et y échouera. En bien ou en mal la conscienee individuelle restera le guide de la morale, et réagissant contre les règles, se manifestera par quelque issue imprévue. Que d'efforts n'a-t-on pas tentés depuis quatre-vingts ans pour cela et qu'a-t-on obtenu, si ce n'est la confirmation de cette maxime : *tant vaut l'homme, tant vaut l'institution.*

Dans la formule de M. de Marcère il y a encore une inconséquence en ce qu'il ne renonce pas à l'avancement. On comprend, à la rigueur, un magistrat rivé sur son siége par le dévouement à des fonctions qui l'honorent assez pour qu'il s'en contente, exempt de crainte et de faiblesse, parce qu'il est exempt d'ambition. Mais un magistrat que préoccupe un

Digitized by Google

désir d'avancement sera soumis aux influences qui en résultent. Combinez comme il vous plaira les règles de cet avancement, il sera appliqué par quelqu'un ou par quelques-uns, et ce quelqu'un ou ces quelques-uns étant hommes, seront soumis à des passions et auront des tendances dont il faudra tenir compte. On aura affaire à l'esprit de corps, tout aussi injuste que le pouvoir personnel, et le magistrat ambitieux, obligé de compter avec ses collègues, ne sera plus soumis à un pouvoir unique, mais à un pouvoir collectif.

D'ailleurs, est-ce qu'aux yeux de la commission les magistrats du parquet ne présentent aucune garantie parce qu'ils sont amovibles? Est-ce que d'un autre côté le procureur général n'exerce pas sur l'action de la justice, par le droit absolu qu'il possède de procéder au grand criminel, une influence considérable? Est-ce qu'il est impossible de supposer des cas où, sur l'ordre du pouvoir, il userait de cette autorité pour couvrir d'évidentes violations de la loi? Nous ne le pensons pas, nous sommes très-éloigné de contester l'indépendance des magistrats du parquet, parce qu'ils la puisent, à notre sens, dans un ordre d'idées plus élevé que celui des rapports, mais nous croyons, au même titre, à celle d'autres fonctionnaires, et comme on ne supprime pas les parquets amovibles, nous ne voyons pas pourquoi, sur cette unique raison, on supprime les juges administratifs.

Faut-il faire remarquer que l'argumentation de M. Lefèvre-Pontalis est exactement la même que celle de M. de Marcère? Si la séparation des pouvoirs est exclusive de la juridiction administrative, c'est que celle-ci viole la loi qui la proclame, et comme les hommes qui rendent cette justice ne sont pas nés prévaricateurs, c'est leur dépendance qui fait leur faute. Si l'administration, par leur organe, est *juge et partie*, c'est qu'ils violent l'équité en sa faveur, rendant des services et non des jugements, et tout cela parce qu'ils sont *sensibles à l'avancement* et craignent la *révocation*. Quant à l'avancement, le reproche atteint aussi la magistrature civile, et il ne reste en réalité au fond de tout cela que l'inamovibilité sur laquelle nous venons de nous expliquer.

Un reproche assez singulier fait aux conseils de préfecture au point de vue technique surtout, c'est leur participation aux actes de la vie administrative. On ne nie pas l'utilité

Digitized by Google

des connaissances spéciales et on ne veut pas que le juge les acquière; il se gâte en les obtenant. Puis par un singulier optimisme on affirme que les juges civils qui ont appris à l'école ce qu'on y enseigne de droit administratif (et Dieu sait le peu qu'on y enseigne) auront en administration ces connaissances spéciales parce qu'ils *s'initient aux questions les plus subtiles du droit administratif* en jugeant des questions de compétence. Nous ne relèverions pas toutes ces propositions si elles ne procédaient d'une erreur générale, la méconnaissance des lois qui ont constitué les conseils de préfecture. Quand de telles erreurs entraînent des conséquences aussi graves que la condamnation d'une institution, il y aurait faiblesse à ne pas les signaler.

On sait que, dans l'origine, la compétence des conseils de préfecture était strictement limitée au contentieux. Depuis l'an VIII, plusieurs lois leur ont expressément conféré des attributions consultatives et ont rendu leur participation à certains actes préfectoraux obligatoire. Nous avons déjà parlé de ces dispositions, mais M. Lefèvre-Pontalis leur a découvert une cause au moins originale. Constatons d'abord que les conseils de préfecture interviennent dans vingt-huit circonstances particulières en vertu de vingt-deux lois et d'une ordonnance royale. Ces actes se partagent entre les divers gouvernements comme il suit [1] :

	Lois.	Ordonn.
Premier Empire.	2	
Restauration.	2	
Gouvernement de Juillet.	11	1
Deuxième Empire.	7	
Totaux.	22	1

Comment et pourquoi cette intervention a-t-elle constamment augmenté? Nous avons, en passant, indiqué le motif, mais ce n'est pas l'avis du rapporteur. « Le législateur, dit-« il, trouvant *sous sa main* ce groupe de fonctionnaires éta-« blis au chef-lieu de chaque département, *peu occupés*, ha-« bitués à délibérer avec le préfet, s'est laissé peu à peu

[1] Cette énumération n'est peut-être pas complète. Certaines attributions ayant été conférées par des lois aujourd'hui abrogées ont pu être omises.

Digitized by Google

« entraîner à leur confier des fonctions administratives; » et voilà l'origine des prescriptions qui exigent l'intervention du conseil dans l'expropriation pour cause d'utilité publique, dans le service des chemins vicinaux, dans la répartition du contingent! De l'historiette passons à l'histoire : elle est tout entière au *Moniteur*. Dans la discussion de ces lois qu'il eût fallu lire, on aurait vu qu'un motif un peu plus grave que celui d'occuper des désœuvrés préoccupait le législateur. Le plus souvent, c'est par voie d'amendement qu'on a introduit cette intervention, et dans les circonstances où le préfet prenant une décision irrévocable de nature à *affecter l'intérêt privé*, devait s'entourer de plus de lumières et procéder avec cette réflexion qui résulte toujours d'une délibération préalable. Le législateur ne s'est pas fait de l'intérieur d'une préfecture un idéal de fantaisie, il a pensé avec raison que les bureaux examinent avec d'autant plus de soin que leur travail ne sera pas signé de confiance, que trois fonctionnaires choisis parmi des gens honnêtes ne courberont pas une tête docile et muette devant le préfet en délibérant avec lui; il a cru enfin que celui-ci aurait ce bon sens vulgaire qui porte à écouter un avis sur des choses qui ne passionnent pas le plus souvent et qui peuvent compromettre. Il a pensé enfin que, dût-elle être insuffisante quelquefois, cette garantie valait mieux que l'absence de toute précaution. Nous ne nous étonnerons plus si le rapporteur, ayant ainsi approfondi l'origine et le but de ces attributions, a pu écrire : « ...*Elles ne suffisent pas à justifier l'existence des conseils de préfecture.* »

Nous voudrions en finir avec le rapport pour passer à l'examen même du projet de loi, mais il faut cependant s'arrêter aux reproches adressés au personnel.

Les divers gouvernements, dit-on, qui se succèdent font de mauvais choix. Qu'est ce que cela prouve contre l'institution? Qu'on choisisse mieux, et le remède est trouvé. On reconnaît cependant qu'on a choisi tantôt parmi des hommes d'affaires de la localité, tantôt parmi d'anciens fonctionnaires administratifs, tantôt et trop souvent parmi les jeunes aspirants à l'administration qui tous aujourd'hui doivent être au moins licenciés. On aurait pu et dû ajouter qu'en fait et à de rares exceptions, ces trois éléments se trouvent dans les conseils, ce qui fait qu'à part les époques révolutionnaires où les

Digitized by Google

choix réfléchis font trop souvent défaut, le débutant trouve à son arrivée des anciens pour lui transmettre les traditions et les connaissances locales qui lui manquaient.

Mais les tribunaux se recrutent-ils autrement que parmi les anciens avocats et les jeunes gens que trois années d'un stage au barreau ou dans un parquet ont assez peu préparés à la pratique du droit civil? L'inexpérience n'est-elle pas la même au début, et si la pratique et l'étude en font plus tard d'utiles magistrats, pourquoi en serait-il autrement des jeunes conseillers de préfecture? Est-ce bien raisonner que de ne voir les uns qu'à leur début pour les condamner et de prendre les autres à la fin de leur carrière pour les louer?

De tous les reproches faits à l'institution des conseils de préfecture il n'en est aucun, sauf la question d'inamovibilité, qui ne puisse être retourné contre l'organisation actuelle de la magistrature, ce qui n'empêche pas celle-ci d'être honorée et les conseils de préfecture d'avoir rendu d'utiles services. Tout ce qu'on peut admettre, c'est qu'aucune institution n'échappe au fâcheux contact des commotions politiques.

III

La meilleure méthode pour juger un projet de loi, c'est de le supposer adopté, d'en faire l'application et de se rendre compte des résultats. C'est ce que nous allons essayer.

Art. 1. Les conseils de préfecture sont supprimés, mais le Conseil d'État subsiste, et le même législateur qui vient de le constituer juge d'appel du contentieux le maintient en l'air sur le vide fait par la disparition du juge de première instance.

Mais comme il y a un autre contentieux auquel on n'a pas songé et qui émane de diverses autorités, celui-ci subsiste; il y aura donc un contentieux judiciaire et un reste de contentieux administratif : l'un ira en appel aux tribunaux, l'autre au Conseil d'État. Ce sera un singulier état de choses.

Art. 2. Les communes et les institutions assimilées sont soumises à une autorisation avant d'entamer un procès; ce ne peut plus être le conseil de préfecture qui donnera cette autorisation, ce sera le conseil général ou une commission nommée par lui. Soit, mais nous ne voyons pas trop ce qu'on y gagnera en lumière et en célérité.

Digitized by Google

Art. 3. C'est avec cet article que commence le système de la commission de remplacer, partout où elle offrait une garantie, l'intervention du conseil par l'action du préfet seul. Elle revient ainsi, sous prétexte de progrès, au système antérieur à l'an VIII, au pouvoir discrétionnaire de l'administrateur et, tranchons le mot, des bureaux.

C'est le moment de s'expliquer une fois pour toutes sur la valeur de cette innovation, *le préfet statuera.* On ne prétendra pas assurément qu'un seul homme suffise à l'examen personnel de dossiers tels, par exemple, que ceux relatifs aux décharges demandées par le percepteur pour des cotes irrecouvrables ou mal imposées. On fait beaucoup en travaillant beaucoup, et en ayant à l'avance beaucoup appris; mais on ne peut pas tout et, dès lors, on s'en rapportera pour les détails, aux bureaux. Ce sont eux qui prononcent sous le couvert de cette signature de confiance. L'intervention du conseil de préfecture était une garantie double, d'abord parce que prévoyant un contrôle possible, ne fût-il qu'accidentel, les bureaux étaient tenus à plus de soin, et ensuite parce qu'il était facile de rendre ce contrôle efficace et réel. L'outil était bon, il existait; le véritable progrès n'était pas de le briser mais de s'en servir. En somme, la garantie fût-elle faible valait mieux que l'absence de toute garantie.

L'article 4 généralise ce système ; il importe de le reproduire avec la naïveté qui le termine : « Le préfet statuera *seul* sur les affaires administratives pour lesquelles il était *obligé* par des lois antérieures à prendre l'avis du conseil de préfecture, *à moins que des lois spéciales ne confèrent la connaissance de ces affaires, soit au conseil général, soit à la commission départementale, soit à une autre autorité.*

Il est clair que si des lois postérieures lui enlèvent ce droit, le préfet cessera de statuer seul; ceci est d'une évidence... évidente, mais cette naïveté est la preuve que, mal rassuré sur le succès de son innovation, le rédacteur a eu un vague pressentiment que le législateur postérieur serait forcé de rétablir sous une autre forme les garanties qu'il supprimait et qu'il n'était pas sans inquiétude sur ces pouvoirs hors contrôle conférés aux bureaux du préfet.

Art. 5. Toutes les contestations dont la connaissance est attribuée aux conseils de préfecture statuant au contentieux

Digitized by Google

eront portées devant les tribunaux ordinaires où elles seront *instruites et jugées d'après la loi commune*, sauf les exceptions ci-après déterminées.

On peut lire dans le rapport même le tableau, copié sur M. Boulatignier, des nombreuses affaires qui sont ainsi transférées aux tribunaux pour y être :

Instruites,
Jugées
D'après la loi commune.

Nous ne pouvons entrer dans l'examen de chacune de ces affaires, nous nous bornerons donc à indiquer ce qu'il en adviendra pour une *espèce;* on appréciera facilement ce qu'il en sera pour les autres. « Les contestations entre particuliers « et l'État ou les entrepreneurs qui le représentent pour les « torts et dommages résultant de l'exécution des travaux. »

En ce moment ces contestations sont jugées presque sans frais par les conseils de préfecture, sauf recours au Conseil d'État *dont la décision clôt le débat.*

A l'avenir elles seront portées devant le tribunal de l'arrondissement : voici pour un dommage de 2,000 fr. le tableau de la procédure suivant la loi commune ; assignation, constitution d'avoués, exceptions dilatoires, communication de pièces, *requêtes grossoyées à tant de lignes à la page et de mots à la ligne*, plaidoiries avec ministère obligé d'un avocat, jugement préparatoire ou interlocutoire, expertise, dépôt et signification du rapport, retour à l'audience, plaidoiries, jugement et *qualités*, signification d'*icelui* tant à avoués qu'à domicile. Nous passons les défauts et autres incidents dont peut s'agrémenter la procédure.

Appel. Signification de l'acte d'appel, constitution d'avoués, écritures, plaidoiries avec concours obligé d'un avocat, arrêt et qualités, signification de l'arrêt tant à avoué qu'à domicile.

Cassation. Pourvoi avec ministère obligé d'un avocat, mémoire, plaidoirie devant la chambre des requêtes, arrêt, signification de l'arrêt, plaidoierie à la chambre civile, arrêt.

Si le pourvoi est rejeté le procès est terminé, mais s'il est admis cela recommence :

Retour devant une autre Cour d'appel, même instruction, mêmes significations; et dire qu'on peut une seconde fois se

Digitized by Google

pourvoir en cassation et avoir la chance de retourner devant une troisième Cour !

Le lendemain de la réforme on pourrait nous prendre le pré tout entier que nous aimerions mieux renoncer à l'indemnité que subir les lenteurs et les frais, même en cas de gain final, de la loi commune. Si l'on veut juger autrement que sur des assertions, on peut faire dresser deux états comparatifs de frais de procédure et du temps d'instruction devant les deux juridictions.

Art. 6. Il s'agit ici de la comptabilité communale : il y a en France, 37,000 communes (nombre rond), les comptes de ces communes sont examinés chaque année suivant certaines distinctions répondant à l'importance des revenus, par la Cour des comptes et par les conseils de préfecture. A l'aide du procédé facile que nous avons déjà signalé on supprime la juridiction du conseil de préfecture et on la remplace par un *arrêté préfectoral*. On affirme, ce qui à notre connaissance personnelle est inexact pour certains départements, que les conseils de préfecture ne vérifient pas eux-mêmes et s'en rapportent aux bureaux. Croit-on que le préfet vérifiera personnellement les comptes de 3 à 400 communes? Évidemment non, et ce sont encore les bureaux qui statueront souverainement et sans contrôle. C'est on en conviendra un singulier système de réforme que celui qui aboutit à tout concentrer dans les bureaux sous prétexte que jusqu'à ce moment ils n'ont pas été soumis à un contrôle suffisant. Mais la nécessité de soumettre les comptes au conseil, la possibilité souvent réalisée qu'un conseiller rapporteur examinât ses dossiers, tenaient les bureaux en éveil. Aujourd'hui, grâce à ce progrès à rebours, ils pourront statuer en toute sécurité et le préfet homologuera leur travail par une signature que forcément il donnera sans examen.

Art. 7. Jusqu'à ce moment nous avons constaté que la suppression des conseils de préfecture correspond à une suppression des garanties introduites par une expérience de soixante-douze années, avec l'article 7 nous entrons dans un autre ordre d'idées : on centralise au nom de la commission de décentralisation. Il s'agit des ateliers *insalubres*. Se préoccupant moins des principes théoriques que des intérêts des

Digitized by Google

citoyens si gravement affectés par les ateliers insalubres, le législateur a donné aux conseils de préfecture *une juridiction*, à côté du droit, maintenu à l'autorité préfectorale, d'autoriser certains établissements; cette juridiction s'exerce sous le contrôle du Conseil d'État, juge d'appel et souverain. On a pensé que le conseil placé sur les lieux mêmes, possédant les connaissances locales indispensables en pareille matière, était bien choisi pour apprécier les réclamations privées. Tout cela disparaît sous prétexte d'un peu de confusion dans les attributions, confusion qu'un texte législatif eût fait disparaître en sanctionnant la jurisprudence, et on transfère *à Paris* devant le *ministre* le recours que jugeait auparavant le conseil de préfecture; seulement le ministre devra prendre l'avis *administratif* et non obligatoire du *Conseil d'État*. Auparavant ce conseil était juge au contentieux, maintenant il n'aura que voix consultative, le préfet en premier lieu, le ministre en second, l'instance transportée du chef-lieu de département à Paris, l'administration se jugeant elle-même, voilà le progrès imaginé au nom de cette pudeur qui s'indignait que cette même administration fît juger ses procès non par elle-même mais par des juges spéciaux.

Art. 8. Même système pour les logements insalubres qu'un arrêté du conseil municipal peut soumettre à de graves réparations ou frapper d'interdiction. On a pensé avec raison que ce conseil municipal n'est pas infaillible et on a ouvert aux intéressés un recours local et efficace devant le conseil de préfecture. Il s'agit du droit de propriété, le rapporteur le reconnaît, mais comme il faut que le tribunal administratif disparaisse à tout prix, ce sera le *préfet* qui statuera sauf recours au *ministre*, lequel prendra l'avis administratif du Conseil d'État. Les bureaux d'un ministère substitués à une juridiction contentieuse, voilà le progrès réalisé par la commission.

Art. 9. Depuis l'an VIII les réclamations en matière de contributions directes sont jugées par le conseil de préfecture et par la section du contentieux du Conseil d'État. Les recours s'exercent sans frais, sans ministère d'avocat, et il en est résulté une jurisprudence raisonnée, uniforme, qui apporte dans l'assiette des impôts une remarquable régularité. Tout cela disparaît sous l'action de la commission.

Digitized by Google

Il faudrait faire un cours de ce droit spécial pour rappeler combien tout cela, après hésitations et incertitude, a été sagement réglé, comment le préfet donne décharge au percepteur de cotes irrecouvrables parce qu'il s'agit d'un *fait matériel* et sans autre conséquence qu'une quittance, comment le conseil de préfecture seul peut décharger le percepteur d'une cote *induement imposée*, parce qu'une telle appréciation est l'application des principes sur l'assiette de l'impôt et *crée des précédents*. La commission ne s'arrête pas à ces distinctions substantielles et avec son procédé habituel elle renvoie tout au *préfet* seul, confondant l'acte administratif qui constate un *fait* avec l'acte de *juridiction* qui interprète la loi. Comme toujours l'arrêté du préfet au lieu de subir le contrôle en appel du Conseil d'État, sera soumis au ministre qui statuera seul comme le préfet.

Viennent maintenant les particuliers. Il leur faut un juge, car la chose en vaut la peine. Nos lois sagement protectrices et du budget et des droits des citoyens sur lesquels retombent, par voie de répartition, les cotes réduites ou annulées, ont voulu qu'un article régulièrement inscrit sur les rôles ne pût disparaître qu'en vertu d'un jugement. La commission n'hésite pas à renverser ce système. Si le directeur est d'avis de la réclamation, le *préfet* statuera et comme il ne vérifiera pas plus les milliers de réclamations écloses chaque année que le compte des communes, c'est en définitive le directeur qui statuera lorsqu'il sera d'accord avec le contribuable. Mais si le débat persiste, oh! alors on ne peut éviter le juge, et c'est le tribunal d'arrondissement qui prononce. A la vérité, effrayé des frais, des lenteurs et des impossibilités que la procédure ordinaire entraînerait on déroge cette fois à cette règle de droit commun et on ordonne de procéder comme en matière d'enregistrement en dispensant même du timbre. Mais il reste encore assez de frais, de débats, de significations d'huissiers et d'ennuis pour que toutes les faibles cotes renoncent à des réclamations qui aujourd'hui se jugent *sans frais tant en première instance qu'en appel*.

Art. 11. Certaines élections sont jugées par les conseils de préfecture. L'article 11 les renvoie à l'audience du tribunal d'arrondissement. A la vérité on les jugera comme *affaires sommaires* sans ministère d'avoué. Mais il reste l'huissier, le

Digitized by Google

jugement, l'appel, et en résumé outre le temps perdu, une masse de frais peu encourageante pour ceux qui auront le malheur de lutter contre les comités qui ont fait l'élection. Partout c'est donc la dépense substituée à l'économie, la procédure longue, minutieuse à la forme claire et abrégée du tribunal administratif.

Art. 12. On a bien senti à la fin de ce travail qu'on désorganisait l'administration, que le juge du contentieux est en réalité le régulateur de l'action administrative, et on a essayé de poser deux règles aux tribunaux.

La première leur ordonne de faire application des actes de l'autorité administrative, des règlements généraux et locaux *en tant que ces règlements sont conformes aux lois.*

Le rapporteur affirme que cette règle maintient la séparation des pouvoirs et renouvelle la défense aux tribunaux de troubler les opérations administratives; mais il oublie que l'obligation ne subsiste qu'autant que ces actes sont conformes *aux lois*, qu'examiner si un acte est conforme à la loi, c'est le juger. Bien plus, dans le contentieux administratif, si nombreux, si varié, il ne s'agit pas toujours de savoir si un acte a violé la loi, mais d'appréciations de faits, de circonstances, de textes, de conventions; et une décision en *fait* peut tout aussi bien troubler, arrêter dans sa marche l'administration, qu'une décision sur le sens absolu d'une loi.

La seconde règle portant que le tribunal convaincu de l'illégalité d'un acte administratif pourra lui refuser sanction, sauf à ne pas en prescrire la nullité, est une véritable subtilité. Virtuellement, tout acte déclaré illégal est un acte annulé, et l'action administrative basée sur un tel acte est désormais impossible. Il est mort, le reste n'est plus qu'une question d'ensevelissement.

Soumise par le contentieux, soumise par le jugement de la légalité de tous ses actes aux décisions des tribunaux, l'administration devra nécessairement conformer son action à la jurisprudence.

Il nous reste, pour terminer, à examiner quelle sera cette jurisprudence. Évidemment elle sera mobile et variera d'un ressort à un autre. Ajoutons encore qu'elle sera embarrassée. La commission a oublié de s'expliquer sur la question

Digitized by Google

du premier et du dernier ressort. Appliquera-t-on ces règles et y aura-t-il des questions jugées souverainement par les tribunaux d'arrondissement; toutes, au contraire, seront-elles susceptibles d'appel? Dans l'état actuel, le recours est toujours ouvert contre les décisions des conseils de préfecture, et de cette manière aucune erreur ne peut *faire jurisprudence*. Si les tribunaux d'arrondissement ont un dernier ressort, il peut y avoir dans un même département trois ou quatre tendances différentes, et la même entreprise peut avoir quatre juges différents; car si l'on échappe à cet inconvénient par des élections de domicile dans les contrats, on ne l'évite ni pour les contributions directes ni pour les autres matières. Les questions de compétence méritaient au moins une mention; le rapport est muet à leur égard. En revanche, il produit une grosse erreur en affirmant que la Cour de cassation maintiendra l'unité de jurisprudence comme le Conseil d'État. Celui-ci est juge du *fait* et de *l'interprétation des actes, tout aussi bien que du droit;* il peut donc rectifier, diriger l'action complète des conseils de préfecture; la Cour de cassation, à qui le point de fait échappe, qui est obligée d'accepter les constatations des Cours d'appel et de vérifier seulement si la loi est sainement appliquée au *fait admis*, ne pourra maintenir l'unité que dans les régions du droit pur et non dans les faits nombreux et multiples que produit la vie administrative. Il faut donc s'attendre à autant de tendances différentes que de Cours d'appel.

Nous ne voulons pas prolonger les critiques de détail, parce que la patience du lecteur a un terme, et il nous paraît d'ailleurs que les difficultés d'application de ce projet de loi sont assez claires pour qu'il soit inutile de continuer.

En supprimant les conseils de préfecture, on porte le trouble dans toute l'administration à laquelle soixante-douze années de législature les ont associés, on modifie une trentaine de lois, on ne trouble pas moins la jurisprudence civile où rien n'est prêt pour recevoir cette extension d'attributions. (Croit-on par exemple, que le tribunal de la Seine est matériellement en mesure de se charger de tout le contentieux de ce département, alors qu'avec un travail continu il suffit à peine à l'expédition des affaires civiles?) On augmente le pouvoir personnel des préfets et des ministres, c'est-à-dire des bu-

Digitized by Google

reaux, on augmente notablement les frais[1], et l'on attire à Paris un grand nombre de réclamations qui se jugeraient sur place. Aussi, la lecture de ce document inspire un sentiment de tristesse à ceux qui ont l'habitude des affaires. La commission affirme, par l'organe de son rapporteur, qu'elle a décidé sans parti pris, qu'elle a longtemps étudié ; nous en sommes convaincu, mais l'impression pénible soulagée quant à la certitude de l'honnêteté dans les intentions, subsiste tout entière.

Ce sentiment est si naturel qu'on en retrouve la trace involontaire dans un document postérieur au dépôt des deux rapports. Au nom d'une des sous-commissions du budget, M. Monjaret de Kerjégu a eu à s'expliquer sur la suppression des consseils de préfecture, et on sent que la lecture du rapport ne l'a pas convaincu de la nécessité de cette suppression :

« L'honorable M. Lefèvre-Pontalis a déposé au nom de la commission de décentralisation un remarquable rapport concluant à la suppression des conseils de préfecture. Sans préjuger la solution qui interviendra, on peut dire que si cette institution est maintenue des réformes y seront apportées. Ainsi on ne continuera pas assurément à les recruter parmi des jeunes gens inexpérimentés, mais on reviendra à l'idée de confier les fonctions de conseiller de préfecture à des hommes mûris dans la pratique des affaires publiques et ayant acquis une véritable connaissance des intérêts locaux dans les fonctions élevées. »

Cette opinion, on le voit, confirme tout ce que nous avons

[1] Il est facile d'écrire dans une loi qu'on procédera sans ministère d'avoué devant les tribunaux; mais, d'une part, ce ministère n'est pas supprimé partout et, de l'autre, la procédure actuelle est combinée de telle sorte que le juge n'agit jamais que sur sollicitation du justiciable. Celui-ci doit donc être constamment représenté aux audiences, au greffe, dans le cabinet du magistrat. Croit-on qu'un contribuable quittera ses affaires, son domicile pour suivre les audiences et subir les nombreux incidents qui empêchent une affaire d'être jugée au jour indiqué ? Il lui faudra un mandataire sinon un avoué et le remède sera pire que le mal. La procédure administrative se fait d'elle-même sur un mémoire et par l'action combinée de l'administration et du rapporteur. Voilà pourquoi elle peut marcher sans avoué ; la procédure judiciaire est basée toute entière sur la présence continuelle d'un représentant des parties à l'audience, et voilà pourquoi elle ne peut se passer d'un avoué ou d'un mandataire.

Digitized by Google

dit sur la spécialité de lumières et d'expérience qui est indispensable aux tribunaux administratifs, et ce n'est pas nous qui nous opposerons à aucune des améliorations qu'on introduira dans l'institution, pourvu qu'on la conserve.

S. MIGNERET.

LA COLONISATION AGRICOLE PÉNITENTIAIRE,

A L'OCCASION

DE LA TRANSFORMATION DE LA COLONIE PRIVÉE DU VAL-D'YÈVRE EN COLONIE PUBLIQUE.

Par M. Charles Lucas, membre de l'Institut.

La commission d'enquête sur le régime pénitentiaire de nos prisons, décrétée au commencement de cette année par l'Assemblée nationale, et le congrès international qui a eu lieu à Londres en juillet, témoignent assez de l'importance qui se rattache, en France et à l'étranger, à la réforme pénitentiaire; et ce sont assurément les établissements consacrés à la régénération des jeunes détenus qui en offrent la partie la plus intéressante.

La question de l'éducation pénitentiaire des jeunes détenus est partout à l'étude, et les méthodes varient beaucoup dans les pays étrangers. En France même la méthode pratiquée à la colonie de Mettray n'est plus la même que celle de la colonie de Citeaux, que celle des trappistes de Fontgombault, que celle de la colonie protestante de Sainte-Foy, que celle enfin du Val-d'Yèvre. L'expérience seule dira, d'après les appréciations comparées, quelles sont les meilleures méthodes. C'est pour cela qu'il faut constater les résultats de chacune, et que nous publions sur la colonie du Val-d'Yèvre les utiles indications qu'il y avait à recueillir de la bouche même de celui qui l'a fondée, à l'occasion de la transformation de cet établissement privé en établissement public.

La constitution légale des colonies agricoles pénitentiaires fondées par des particuliers a été consacrée par la loi du 5 août 1850. Le pays avait pris avant le législateur la géné-

Digitized by Google

reuse initiative de cette institution, ainsi que le prouve la création de la célèbre colonie de Mettray en 1840. L'arrêté de la fondation de la colonie du Val-d'Yèvre remonte à 1846.

Le caractère spécial de cette fondation était officiellement constaté dans les termes suivants, par la lettre ministérielle du 9 septembre 1852 adressée au fondateur, et relatée dans une brochure intitulée : *Un mot sur la fondation de la colonie du Val-d'Yèvre.* « Je me suis fait représenter les diffé-
« rentes décisions de mes prédécesseurs relatives à la fonda-
« tion de la colonie du Val-d'Yèvre. J'ai vu qu'en fondant la
« colonie du Val-d'Yèvre vous avez répondu à l'appel de
« l'administration qui vous engageait à vous livrer à des
« études d'un intérêt public. Il en résulte que par le but de
« son organisation la colonie du Val-d'Yèvre a un carac-
« tère spécial, celui d'une *colonie d'essai*, et je ne voudrais
« pas interrompre le cours des utiles indications obtenues
« par l'expérience de ces dernières années. »

L'administration n'a pas voulu davantage, en 1872, interrompre le cours de ces indications ni en méconnaître les services, car l'arrêté du 15 juin, qui décide la transformation de cet établissement privé en établissement public, est motivé sur le vœu exprimé par le fondateur et sur l'intérêt de l'État à conserver l'existence et consacrer la durée de cette fondation [1] dont l'utilité scientifique et pratique est officiellement reconnue au triple point de vue moral, économique et agricole.

C'est le 1er octobre que M. Ch. Lucas fils, docteur en droit, qui depuis 1865, date à laquelle remonte l'état de cécité de son père, était devenu le continuateur intelligent et dévoué de la fondation de la colonie du Val-d'Yèvre, en a remis la direction entre les mains de l'homme expérimenté que la confiance du gouvernement a appelé à diriger cette colonie transformée en établissement public.

(1) La notification au fondateur de cet arrêté du 15 juin 1872 est conçue dans les termes suivants : « Je me félicite d'avoir pu, dans cette circonstance, seconder le vœu que vous avez exprimé de voir conserver par l'administration pénitentiaire un établissement à la création duquel vous avez consacré une partie de votre existence, et qui offre scientifiquement les résultats les plus intéressants au triple point de vue moral, économique et agricole. »

Digitized by Google

M. Lucas ne pouvait se séparer de cette fondation, à laquelle il avait consacré vingt-cinq années de sa vie, sans adresser aux chefs de service, aux gardiens contre-maîtres et aux colons réunis, ses derniers adieux et ses derniers conseils dans une longue improvisation. Si touchants que soient ces adieux de M. Lucas à sa fondation, ils ne sauraient ici trouver leur place, parce qu'ils n'intéressent pas directement la science; mais il en est autrement des aperçus historiques et des indications pratiques que renferme son discours. C'est à ce point de vue seulement que nous en plaçons sous les yeux de nos lecteurs les fragments suivants qui sont le résumé de la longue expérience de celui qui est aujourd'hui le doyen de la réforme pénitentiaire en France et qui en fut le promoteur.

« ...Il y aura cinquante ans bientôt que je me suis dévoué à la réforme pénitentiaire en appelant, d'abord en 1827 et années suivantes, par des pétitions imprimées et distribués aux membres des deux Chambres, leur attention sur la nécessité de s'en occuper. Cette nécessité est si évidente, que vous la concevrez vous-mêmes, jeunes colons. Vous comprendrez parfaitement, en effet, que du moment où l'on ne met en prison les coupables d'atteintes aux personnes ou aux propriétés que pour un nombre d'années plus ou moins prolongé, on doit s'efforcer de les amender autant que possible pendant la captivité, dans l'intérêt de la sécurité publique et individuelle, afin de combattre, pour l'époque de la libération, le danger de la récidive.

« Aussi ce n'était pas dans un intérêt philanthropique, mais dans celui même de l'ordre moral et social, que je demandais qu'on s'occupât de la réforme pénitentiaire.

« En 1830, ma mission de pétitionnaire se changea, sur le vœu des Chambres, en celle plus sérieuse et plus ardue d'inspecteur général des prisons, chargé de s'enquérir de leur état et d'indiquer les moyens d'y introduire une réforme pénitentiaire.

« En toute chose il faut commencer par le commencement, et vous allez encore bien comprendre vous-mêmes, jeunes colons, quel fut et quel devait être le commencement que j'avais à proposer. Les prisonniers de tout âge, même du vôtre, étaient alors confondus dans les prisons.

Digitized by Google

Il n'y avait pas à hésiter sur les détenus auxquels il convenait d'abord de consacrer des établissements spéciaux, comme étant ceux dont il devait être le moins difficile de redresser les mauvais penchants. Vous qui cultivez nos pépinières, vous savez fort bien que les plants les plus jeunes sont ceux qu'il est toujours plus facile, au moyen d'un tuteur, de redresser.

« C'était donc par les jeunes délinquants qu'il fallait commencer, et les premiers établissements spéciaux devaient être des établissements de jeunes détenus. Ainsi le voulaient la logique et le bon sens, car on s'adressait à ce qui offrait le moins de difficulté dans le présent et la meilleure espérance pour l'avenir; et de plus on combattait le mouvement de la criminalité, en remontant à sa source.

« Mais quels devaient être ces établissements spéciaux? Telle était la question à résoudre. Il y a un lien intime qui unit l'éducation physique à l'éducation morale de l'enfant, et depuis longtemps on a dit qu'il fallait obtenir la santé du corps pour arriver à celle de l'âme. Or, il ne pouvait y avoir évidemment une meilleure condition pour le développement de la santé physique des jeunes détenus que celle de la vie et des travaux agricoles. Il n'y avait pas de meilleure condition également pour élever leur âme au sentiment religieux. Vous pouvez, jeunes colons, en juger par vous-mêmes. Il n'y a dans cet établissement qu'un atelier industriel, celui des tailleurs. Qu'il fasse ou ne fasse pas de la pluie, le tailleur n'a guère à s'en préoccuper pour son travail, qui n'en est pas moins régulier. Mais pour vous autres, agriculteurs, vous ne savez jamais la veille le travail que vous ferez le lendemain. Pourquoi cela? parce que cela dépend du beau et du mauvais temps. Or est-ce l'homme qui fait le beau et le mauvais temps, et qui a créé les lois en vertu desquelles s'opère la distribution des saisons et les changements de la température?

« Non, vous nommez tous les jours celui dont dépend votre travail journalier quand vous dites, comme en ce moment même : « Il faudrait bien que le bon Dieu nous envoyât de la pluie pour ensemencer nos seigles. » Le travail de chaque jour ramène ainsi votre pensée vers Dieu, et c'est pour cela que l'agriculture, en même temps qu'elle fortifie le corps,

Digitized by Google

élève l'âme, et qu'il y a dans la pureté de l'air qu'elle respire quelque chose qui la purifie elle-même.

« Voilà ce qui me conduisit à penser que le meilleur principe d'éducation pénitentiaire des jeunes détenus, était celui de l'amendement de l'enfant par la terre, et que par conséquent ce qu'il y avait de mieux pour les établissements spéciaux de jeunes détenus, c'était de devenir des établissements agricoles.

« Toutefois il ne faut rien d'absolu. Parmi les jeunes détenus devaient nécessairement se rencontrer des enfants d'origine urbaine, qui par leurs antécédents de famille et leurs antécédents mêmes personnels sous le rapport de l'apprentissage, ne pouvaient être dirigés sur l'agriculture, sans briser des liens qui, lorsque la famille est honnête, doivent toujours être respectés. Il fallait donc faire la part, mais la part exceptionnelle seulement à l'établissement industriel, en maintenant la préférence à la Colonie agricole.

« Une fois le principe admis de *l'amendement de l'enfant par la terre*, pourquoi ne pas en même temps rechercher dans la Colonie agricole *l'amendement de la terre par l'enfant?* De là l'idée naturelle et logique d'appliquer la Colonie agricole des jeunes détenus au défrichement. On arriverait ainsi à accroître la richesse agricole du pays par l'amendement de la terre en même temps que sa moralité par l'amendement du jeune détenu.

« Mais à côté de l'utilité du défrichement en général n'y avait-il à indiquer à la colonie agricole pénitentiaire aucune préférence pour telle ou telle nature de défrichement en particulier ?

« Il est un défrichement qui, depuis Henri IV et Sully, avait paru, sous tous les gouvernements, la source la plus féconde à exploiter pour l'accroissement de la richesse agricole de la France, c'était celui des marais.

« Le défrichement des marais avait de plus, à mes yeux, le singulier mérite de s'adapter merveilleusement à la colonie agricole, en offrant un sol qui, parmi les cultures herbacées, tenait le premier rang pour l'abondance de la main-d'œuvre, et qui de plus, léger et fécond, convenait à l'enfant en lui rendant le travail doublement attrayant par la facilité de l'exercice et la satisfaction du produit.

Digitized by Google

« Je fus tellement épris et convaincu de l'utilité de cette idée, qu'elle me parut devoir s'étendre aux enfants trouvés et abandonnés, et je conçus et arrêtai le projet de proposer, en temps utile au gouvernement, la création d'une colonie publique d'essai de jeunes détenus, appliqués au défrichement des marais, pour préparer l'emploi ultérieur dans le même but des enfants trouvés et abandonnés.

« Mais vous comprendrez facilement, jeunes colons, et vous le comprendrez mieux encore vous tous, hommes d'expérience pratique qui m'écoutez, que quel que fût l'établissement spécialement consacré à l'éducation pénitentiaire des jeunes détenus, industriel ou agricole, il fallait songer à ce qu'ils deviendraient à l'époque critique de la libération. Il restait donc encore une mesure complémentaire et essentielle à prendre pour assurer le succès de ces établissements, c'était celle du patronage des jeunes libérés, et c'est en nous plaçant à ce point de vue que nous avions, dès janvier 1833, fait appel à de généreux citoyens et soumis à leur réunion les principes d'après lesquels l'esprit d'association devait venir en aide à la réforme pénitentiaire par l'institution du patronage des jeunes libérés. De cette réunion était sortie la fondation de cette célèbre société de la Seine pour le patronage des jeunes libérés, dont mon vénéré confrère et ami de si regrettable mémoire, M. le président Bérenger, est devenu la plus digne et la plus éminente personnification par les longs services de sa présidence et par le talent remarquable des comptes rendus des travaux de cette société, dont la solide fondation a traversé, depuis 1833, tant de révolutions et qu'après de si lamentables événements je retrouvais récemment à Paris, toujours assise sur sa base inébranlable, lorsque je la visitai à titre de président honoraire, qu'elle a bien voulu me donner, en souvenir de mon initiative pour sa fondation.

« Tel était l'ensemble de mes idées et de mes efforts pour l'éducation pénitentiaire des jeunes détenus, lorsque je vins en 1842 dans le département du Cher, auquel l'achat des marais du Val-d'Yèvre, et plus tard tant de liens de famille devaient désormais si étroitement m'attacher.

« Ceux qui ne savaient pas le fond de ma pensée devaient trouver de ma part assez bizarre l'acquisition de ce vaste

Digitized by Google

marais qui présentait un aspect si affreux, et dont le sol était inaccessible même aux bestiaux pour le pacage. Que de travaux à faire pour préparer ce marais à la future colonie d'essai de jeunes détenus ! Il fallait avant tout y créer un chemin pour le traverser, et y construire un premier abri. C'est alors que fut posée la première pierre de ce qu'on appelle aujourd'hui le bâtiment central, et qui ne devait être alors qu'une vaste grange dont les murs pleins et élevés devaient se prêter à toutes les appropriations ultérieures.

« Trois ans s'écoulèrent encore à créer des chemins, à élever des berges, à combler des fondrières, enfin à tout ce qui devait préparer, assainir et consolider ce sol, afin d'y permettre la fondation d'une colonie publique d'essai, pour l'application des jeunes détenus au défrichement des marais, dont je soumis le plan et le projet au ministère de l'intérieur.

« L'idée fut approuvée, la fondation d'une colonie d'essai fut résolue, mais non à titre d'établissement public, l'administration ne voulant pas engager aussi directement sa responsabilité dans un pareil essai qui présentait de si graves difficultés, et sous le point de vue sanitaire de sérieuses appréhensions.

« Je devais être pour bien des raisons peu soucieux de me charger de la responsabilité d'une semblable fondation à titre d'établissement privé. C'était un trop grand travail à ajouter à ceux d'inspecteur général des prisons et de président du conseil de cette inspection.

« Il y avait là de plus bien des chances à courir, non-seulement pour la fortune de ma famille, mais même pour ma situation personnelle de théoricien et de praticien, au moment où, après de longs et persévérants travaux, elle commençait à être prise en quelque sérieuse considération. Il s'agissait de franchir ce rubicon qui sépare la théorie de l'application pratique, non plus seulement avec le rôle évasif de l'inspection générale, dont la mission peut toujours décliner la responsabilité de l'exécution. Il fallait se jeter dans l'inconnu pour y être jugé selon son œuvre, avec l'inexorable sévérité que la critique apporte trop souvent dans ses jugements, surtout envers ceux qui ont déjà besoin de se faire pardonner quelques succès.

Digitized by Google

« J'étais plein d'hésitations qui se prolongèrent longtemps, et ne cédèrent qu'à l'appel fait à mon dévouement par l'administration, qui poussa ses bienveillants encouragements jusqu'à me dire: « Choisissez parmi les directeurs des éta- « blissements pénitentiaires celui que vous jugerez le plus « capable de vous seconder pour les premières années de la « fondation, et il restera en mission près de vous pendant le « temps que vous jugerez utile. » Mon choix ne pouvait être douteux. Je désignai celui qui m'avait toujours témoigné l'affection la plus dévouée et la plus chaleureuse adhésion à mes principes sur la réforme pénitentiaire, M. Hello, directeur de la maison centrale de Fontevrault. Ce fut lui qui conduisit du quartier des jeunes détenus de cette maison centrale à la colonie naissante du Val-d'Yèvre ses vingt premiers colons, qui y arrivèrent le 29 août 1847.

« Lorsque le ministre me félicitait des résultats de cette fondation, au point de vue économique, il voulait parler sans doute du rapport officiel de la commission du 2 février qui a constaté que la gestion intelligente et économique de la colonie du Val-d'Yèvre avait su pourvoir au fonctionnement régulier de tous les services, en dépensant moins que l'État n'eût pu le faire pour une pareille fondation; mais le ministre voulait parler aussi de la construction économique des bâtiments.

« L'ancien architecte diocésain, M. Roger, a eu le bon sens trop rare de concevoir que pour la construction de cette colonie, il ne s'agissait pas de faire de l'art, mais de se renfermer dans les conditions économiques et pratiques de la vie rurale, et il l'a fait en homme de goût, car tous ses bâtiments en chalets, groupés autour de la chapelle et de son élégant clocher, présentent, avec les arbres qui les ombragent, un ensemble pittoresque qui, en écartant l'impression trop sévère de la prison, réalise bien celle de la colonie agricole pénitentiaire.

« La dépense de tous ces bâtiments pour un effectif de population qui a souvent atteint 400 jeunes détenus, n'a été que de 445,500 et quelques francs, ainsi que cela a été officiellement constaté par la Commission des inspecteurs généraux, nommée par arrêté ministériel du 2 février, d'après le relevé produit par M. l'architecte Roger, et d'après les livres de la comptabilité de l'établissement.

Digitized by Google

« Je n'ai parlé que des bâtiments de la colonie des jeunes détenus, et vous savez, vous tous qui m'écoutez, qu'ici j'en ai fondé une autre, qui se trouve comprise dans le chiffre de la dépense de construction que je viens de citer, c'est celle que j'appelle la *Colonie des ménages.*

« Un fondateur de colonie privée a un grand avantage de position sur un directeur de l'administration pénitentiaire, c'est qu'aucun choix ne lui est imposé pour la composition de son personnel par des considérations et des circonstances souvent les plus contraires à l'intérêt de l'établissement. C'est à cette liberté de situation que j'ai dû de rencontrer des chefs de service qui ont été si dévoués à cette fondation et à son fondateur.

« Mais la question la plus difficile était celle des agents secondaires, des contre-maîtres gardiens dont le concours, dans une situation plus modeste, n'est pas moins de la plus grande importance pour le maintien de la discipline, l'organisation du travail et la régularité de tous les services de l'établissement. L'idée qui doit se présenter d'abord, parce qu'elle est la plus simple et la plus économique, c'est de s'adresser aux célibataires pour le recrutement de ses agents secondaires. C'est ce qu'a fait M. l'abbé Rey, pour sa colonie de Citeaux, et il a eu raison de le faire, parce qu'il imposait à la congrégation des Frères de Saint-Joseph un lien religieux et le vœu du célibat. Je ne suis assurément pas l'adversaire du concours des congrégations religieuses pour la réforme pénitentiaire, et je l'ai assez prouvé par la large part que j'ai prise à la fondation de l'ordre des sœurs des prisons, en remplacement des gardiens, pour la surveillance des femmes condamnées. Mais alors même, ce qui n'était pas possible, qu'il m'eût été permis de me procurer des frères de Saint-Joseph, jamais je n'aurais pu exercer sur eux l'influence qui naturellement ne s'obtient que de l'habit qu'ils portent. C'est alors que je conçus que ce qu'il y avait pour moi de mieux à faire, c'était de prendre des pères de famille, parce que c'était dans son cœur et dans sa conscience de père de famille que le contre-maître-gardien trouverait naturellement la meilleure inspiration de ses devoirs envers le jeune détenu. C'est afin que les contre-maîtres pussent apporter à la discipline pénitentiaire cet esprit paternel qui en fait comprendre

Digitized by Google

à l'enfant les sévérités nécessaires, qu'ont été élevées ces maisons pourvues de petits jardins, où chaque contre-maître vient prendre ses repas avec sa femme et ses enfants, ainsi rappelé chaque jour aux devoirs et aux sentiments de père de famille. Voilà ce que j'ai appelé la *Colonie des ménages*, qui m'a donné de bons contre-maîtres et de bons résultats, pour la surveillance et le maintien de la discipline.

« Ce nom de *contre-maître-gardien* dont je me sers n'est pas en usage dans les colonies publiques des jeunes détenus, parce que généralement les attributions des contre-maîtres y sont distinctes de celles des gardiens. Les premiers ne sont chargés que de l'apprentissage, les autres que de la surveillance. Ici le contre-maître et le gardien c'est tout un, et je crois qu'on a le tort dans les établissements publics de séparer ce qu'il faut unir. C'est, selon moi, manquer le but, et je crois qu'il serait regrettable de supprimer cette innovation du contre-maître-gardien à la colonie du Val-d'Yèvre, où elle a pour elle le témoignage de l'expérience.

« J'ai voulu vous associer vous-mêmes, jeunes colons, à la surveillance, à l'intelligence, à l'action de la discipline de cet établissement; j'ai voulu vous la faire comprendre et vous la faire aimer, car c'est seulement à ce double titre qu'elle pouvait opérer sur vous son efficacité pénitentiaire.

« Ici je crois devoir m'adresser à tous les praticiens appelés à diriger des établissements pénitentiaires et leur dire avec ma vieille expérience qu'assurément il y a bien des dangers de corruption mutuelle dans la réunion des condamnés, mais qu'il ne faut pas se les exagérer au point de croire que le régime pénitentiaire est incompatible avec celui de la vie en commun qui, après tout, est pour l'homme, innocent ou coupable, la loi de sa nature; qui est la vie d'où il vient quand il entre en prison et celle où il retourne quand il en sort; et qu'ainsi on ne pourrait sans inconséquence, pendant cette captivité temporaire, lui imposer un système d'isolement contre lequel protestent les besoins imprescriptibles de sa sociabilité.

« Partout où il y a réunion d'individus, il s'y produit un esprit de corps. C'est à une discipline intelligente à ne pas laisser cet esprit de corps naître et se développer de lui-même, mais à savoir prendre les devants, en s'attachant avec

Digitized by Google

le plus grand soin à le former et à le diriger. La discipline, qui sait créer l'esprit de corps de la réunion d'individus qu'elle est chargée de diriger, y trouve sa force. Mais si elle ne sait pas s'approprier cet esprit de corps, du moment où elle ne l'a pas pour elle, elle l'a contre elle, et alors c'est là son plus grand obstacle et la cause principale de ses embarras et de ses échecs.

« J'ai voulu m'attacher à créer l'esprit de corps qui dans cet établissement repose sur le principe de la surveillance de l'enfant. Vous savez, jeunes colons, qu'il ne s'agit pas de favoriser l'espionnage. Vous connaissez cet article du règlement qui dit : « Toute dénonciation secrète est prohibée « et flétrie comme une lâcheté. »

« Des colons, sous le titre de surveillants, sont plus spé- « cialement chargés de l'accomplissement du devoir im- « posé à tous les colons de se surveiller mutuellement, à « l'effet de contribuer réciproquement au redressement de « leurs mauvais penchants et à leur amélioration progres- « sive. »

« Il faut vous rendre cette justice, jeunes colons, que vous avez merveilleusement compris cette institution des colons surveillants. Vous savez que lorsqu'un sol est infesté de mauvaises herbes, on ne le nettoie que par des sarclages et des binages répétés. Vous savez aussi que vous êtes arrivés ici avec de mauvais instincts qui s'aggraveraient par l'impunité, et qui ne peuvent être extirpés que par ce binage salutaire de la punition, mieux encore que par stimulant de la récompense. Punition et récompense sont pour vous deux sœurs de charité. La seconde vous sourit davantage, c'est celle que vous devez naturellement aimer le mieux, et c'est celle aussi que nous aimons le mieux vous appliquer. Mais vous savez estimer et honorer la première, et vous vous sentez honorés vous-mêmes d'être appelés par la bonne conduite à mériter ces galons de surveillants, qui vous associent à l'œuvre si méritoire de votre régénération. Aussi le surveillant est-il respecté parmi vous, tant qu'il sait respecter lui-même ses galons. Mais il n'ignore pas que s'il est votre surveillant, il est aussi votre surveillé, et qu'il faut que ce galon reste sans tache pour avoir le droit de continuer à le porter.

« Je ne dissimule pas que cette institution des colons sur-

Digitized by Google

veillants est encore bien imparfaite. Mais elle est excellente dans son principe ; elle a été excellente dans ses résultats, et je crois que c'est une idée féconde qui, dans l'éducation pénitentiaire, doit avoir de l'avenir.

« Vous savez ma vieille maxime : *qui aime bien châtie bien.* Mais j'aime aussi à récompenser, et j'ai voulu même créer deux sortes de récompenses, et introduire sous ce rapport dans le régime rémunératoire une innovation dont l'expérience n'a fait que me confirmer la grande utilité. Le règlement rémunératoire mentionne la place que les récompenses collectives, qui s'adressent dans cet établissement à la compagnie, occupent à côté de celles décernées à l'individu. J'attache une bien grande importance à cette coexistence des récompenses collectives et des récompenses individuelles. Cela tient à une conviction que je ne saurais développer ici, celle qu'on a fait une part trop exclusive au stimulant de l'émulation individuelle dans notre système général d'éducation et d'enseignement. J'ai voulu atténuer dans ma discipline l'inconvénient de l'emploi exclusif de l'émulation individuelle par l'intervention du principe de la solidarité, résultant de la récompense collective. Répartis en deux divisions, et dans chaque division en plusieurs compagnies, les colons ne peuvent se renfermer dans l'égoïsme de la récompense décernée à l'émulation individuelle. Chaque jeune détenu doit aspirer de plus à la récompense collective, et il ne le peut qu'en associant ses efforts à ceux des autres colons de sa compagnie pour mériter cette récompense collective. S'il se conduit bien, sa compagnie en profite, comme il en profite lui-même ; s'il se conduit mal au contraire, il fait perdre ses bons points à sa compagnie au lieu de lui en gagner, et il a à en souffrir lui-même. Ainsi s'établit pour le colon cette morale pratique qu'en faisant le bien il en profite et les autres en profitent avec lui ; qu'en faisant le mal il en souffre et les autres avec lui.

« Je résume en quelques mots ce que j'ai dit de cette fondation qui a reçu dès son origine le titre officiel de *Colonie d'essai*, et qui avait deux buts à poursuivre : l'un qui lui était spécial, celui de l'application des jeunes détenus au défrichement des marais ; l'autre qui lui était commun avec toutes les colonies agricoles pénitentiaires, publiques ou pri-

Digitized by Google

vées, celui de rechercher la meilleure méthode à suivre pour l'éducation pénitentiaire des jeunes détenus.

« Le premier but a été complétement atteint; les résultats ont dépassé toutes les espérances sous le rapport agricole, et démenti toutes les appréhensions sous le rapport sanitaire. La physionomie de cette population atteste le bon état de santé générale, et si l'on interroge la statistique, elle répond que la proportion des décès, calculée sur la population totale depuis la fondation, a été de moins de *un* sur cent jeunes détenus (soit 0,791). En ce moment même, dans ce mois de septembre, le plus fiévreux de l'année, je n'ai trouvé aujourd'hui à l'infirmerie que quatre enfants atteints de la fièvre. Cette colonie d'essai fournit donc au problème de l'application des jeunes détenus au défrichement des marais, l'autorité d'un précédent que l'on peut maintenant utiliser en France et à l'étranger pour l'accroissement de la richesse agricole.

« Le second but renferme, comme je l'ai déjà dit, un problème qui restera longtemps à l'étude de l'expérience.

« Mais il me semble que cette fondation fournira quelques éléments utiles pour en préparer la solution en nous conduisant aux conclusions suivantes :

« 1° Que pour suivre un ordre normal, la première préoccupation de la réforme pénitentiaire doit être de consacrer des établissements spéciaux aux jeunes délinquants;

« 2° Que le régime de ces établissements spéciaux, sauf les exceptions réclamées par les antécédents particuliers à quelques enfants d'origine urbaine, doit être le régime de la vie et du travail agricoles, parce que c'est celui qui répond le mieux aux besoins moraux et physiques de la santé de l'âme et du corps, et que nous appelons l'*amendement de l'enfant par la terre;*

« 3° Que le principe de l'amendement de l'enfant par la terre doit logiquement conduire à *celui de l'amendement de la terre par l'enfant*, c'est-à-dire à la culture extensive, afin d'accroître la richesse agricole du pays par le défrichement, en même temps que sa moralité par la régénération des jeunes détenus;

« 4° Que le défrichement le mieux approprié au travail de l'enfant et le plus fécond en même temps pour l'aug-

Digitized by Google

mentation de la richesse agricole, est le défrichement des marais;

« 5° Qu'à ces principes relatifs à l'organisation agricole, il convient d'ajouter, entre autres, les suivants, applicables à l'organisation pénitentiaire que je crois devoir rappeler, parce que s'ils ont le caractère de l'innovation, ils ont aussi pour eux le témoignage de l'expérience pratique et me paraissent pouvoir à ce titre être recommandés à l'imitation.

« C'est d'abord le principe de réunir ce qu'on a jusqu'ici trop séparé, le gardien du contre-maître, et de n'avoir que des contre-maîtres-gardiens, parce qu'il faut que le contre-maître joigne à l'enseignement du travail la responsabilité de la surveillance, et le gardien, à la responsabilité de la surveillance, l'exemple du travail, qu'on est mal venu à commander aux enfants quand on ne le pratique pas soi-même.

« C'est le principe ensuite de demander au cœur et à la conscience du père de famille la meilleure inspiration des devoirs du contre-maître-gardien envers les colons, ce qui m'a conduit, comme je l'ai dit, à l'institution de la colonie des ménages,

« C'est encore le principe de la surveillance de l'enfant par l'enfant, sur lequel repose l'excellente institution des colons surveillants, dont j'ai signalé avec insistance l'utilité.

« C'est enfin l'intervention du principe de la solidarité, afin d'atténuer par la coexistence des récompenses collectives et des récompenses personnelles les graves inconvénients qui me paraissent résulter, dans notre système général d'éducation et d'enseignement, de l'emploi trop exclusif du stimulant de l'émulation individuelle, dont le développement exagéré peut nuire, par le sentiment de l'égoïsme, à celui du devoir. »

CH. LUCAS.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

COURS DE CODE CIVIL

professé à l'École de droit de Paris,

Par M. VALETTE (tome Ier).

Compte rendu par M. E. BONNIER, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Les ouvrages approfondis rendent incontestablement de grands services à la science; mais peut-être en a-t-on abusé chez nous, surtout pour le droit civil. On pourrait faire une charge de chameau, comme le dit Justinien, *onus camelorum*, des livres dont les auteurs se sont livrés au commentaire développé du Code civil. De tous ceux qui ont entrepris cette tâche, un seul l'a menée jusqu'au bout, l'infatigable Duranton; les autres, Toullier, Marcadé, Troplong, n'ont pu arriver jusqu'au terme, et la science du droit doit faire des vœux pour qu'une heureuse et féconde longévité préserve du même sort le grand travail de M. Demolombe.

Est-ce bien là le dernier mot de la science? S'il est utile pour le praticien de savoir tout ce qui a été écrit, tout ce qui a été jugé sur chaque article, n'est-ce pas une œuvre plus difficile et plus méritoire que de savoir condenser ses idées, que de s'efforcer de réaliser l'œuvre dont parle Suétone : *ex immenso diffuso que legum corpore optima quæque in paucissimos coferre libros?* Nos maîtres, les jurisconsultes romains, après avoir fait de grands ouvrages, comme nous pouvons l'apprécier par les fragments qui nous en ont été transmis, n'ont pas cru déroger en publiant des traités élémentaires : les Institutes de Gaïus, les Règles d'Ulpien, les Sentences de Paul. Nos jurisconsultes, jusqu'ici, sont trop rarement entrés dans cette voie, et, à part le solide programme de M. Demante, qui a rendu à la science des services un peu trop oubliés peut-être aujourd'hui, ils n'ont pas su, comme les Allemands, offrir de bons manuels à la jeunesse avide de s'éclairer, *cupidæ legum juventuti.*

Digitized by Google

Aussi ne saurions-nous trop féliciter notre savant collègue, M. Valette, de la mesure dans laquelle il a su renfermer la publication de son Cours du *Code civil*, dont il vient de nous donner le premier volume. Nul mieux que cet ancien athlète des concours n'aurait pu disserter pertinemment *de omni re scibili et quibusdam aliis*. A cet égard, il a fait ses preuves dans assez de monographies et de travaux particuliers. En entendant parler d'une publication sur le Code civil, émanée d'un auteur aussi fécond, bien des lecteurs se croyaient menacés d'une nouvelle avalanche :

Impune diem consumpserit ingens
Scriptus et in tergo nondum finitus Orestes !

Mais la longue expérience de M, Valette lui a fait comprendre qne ce n'est point là ce que réclament les besoins actuels de l'enseignement. Il a voulu et il a su être élémentaire sans s'abstenir de toucher avec une sage sobriété aux questions controversées. Aussi son livre sera-t-il à la fois utile pour l'étudiant et précieux à consulter pour le jurisconsulte. Le volume qu'il vient de publier renferme l'explication du titre préliminaire et du premier livre du Code. On voit que ce travail. consciencieux comme tout ce qui sort de la plume de l'auteur, est conçu dans de bonnes proportions.

Chaque titre est précédé d'un court historique. Tout en expliquant les articles de la loi et sans s'écarter de leur ordre, M. Valette les a encadrés de manière à donner à son œuvre un caractère doctrinal qui, par un art fort ingénieux, réunit les avantages du traité à ceux du commentaire. C'est beaucoup, dans un sujet aussi trituré, que d'avoir su se faire une méthode originale.

Nous n'avons pas à nous arrêter ici sur les explications de détail, qui sont toujours aussi savantes que lucides ; mais nous appellerons l'attention des connaisseurs sur plusieurs théories exposées habilement, bien que toujours d'une manière sommaire :

L'erreur sur la personne dans le mariage, au sujet de laquelle l'auteur, sans reproduire le système qui laisse au juge une latitude indéfinie pour apprécier la sincérité du consentement, esquisse une théorie assez large pour suffire aux besoins de la pratique ;

Digitized by Google

La preuve du mariage par une procédure criminelle, point souvent mal compris, qu'il élucide par d'intéressants développements;

La preuve de la filiation naturelle, pour laquelle la loi laisse tant à faire à l'interprète, et qui n'est traitée nulle part, même dans les ouvrages *ex professo*, plus complétement que dans ce livre.

Nous ne saurions donner le même assentiment à la doctrine, aujourd'hui fort à la mode parmi nos docteurs, et dont M. Valette est un des soutiens les plus prononcés : doctrine qui, pour les actes postérieurs à l'interdiction judiciaire distingue entre ceux qui admettent un représentant et ceux, tels que le mariage et le testament, que l'interdit doit nécessairement faire lui-même; annulant toujours les premiers et autorisant les seconds s'ils ont eu lieu durant un intervalle lucide. Nous reconnaissons que ce système est ingénieux, bien que rien ne nous autorise à croire qu'il se soit jamais présenté à la pensée du législateur. Malheureusement il nous semble condamné par cette conséquence, que n'a pu se résoudre à admettre M. Demolombe, mais qui n'a point fait reculer M. Valette, logicien plus intrépide; — c'est que l'interdit, ne pouvant faire une donation entre-vifs par procureur, doit pouvoir faire seul une donation de cette nature durant un intervalle lucide. Comment peut-on concevoir qu'un interdit frappé d'interdiction pour démence, dont tous les biens sont administrés par un tuteur, puisse être déclaré par le même législateur incapable de disposer d'un centime à titre onéreux et capable de disposer de toute sa fortune à titre gratuit? La conséquence nous semble condamner le système. Bien plus, cette décision, que tous les praticiens trouveront exorbitante, se retourne contre la théorie proposée au point de vue de l'argument de texte. L'article 502, nous dit-on, n'a trait qu'aux actes *passés* par l'interdit : expression qui s'applique mal au testament et qui ne convient point du tout au mariage. Mais pour la donation, au contraire, c'est l'expression vraiment légale, puisqu'aux termes de l'article 931, tous actes portant donation entre-vifs doivent être *passés* par-devant notaire à peine de nullité.

On voit que la théorie ne laisse pas que d'être embarrassante dans l'application. A part le mariage, pour lequel nous

Digitized by Google

comprenons que la nullité soit soumise à des règles spéciales, il nous paraît beaucoup plus simple d'admettre que le législateur a voulu suivant les tendances bien prononcées des rédacteurs du Code, soucieux d'éviter les procès, trancher toute controverse sur la question délicate des intervalles plus ou moins lucides, et créer une présomption de défaut de consentement qui n'admet point la preuve contraire.

Puisque nous sommes en train de discuter les thèses controversables du *Cours de Code civil*, nous combattrons également une opinion, que nous semblent repousser les principes du droit aussi bien que ceux de la morale. Il s'agit de savoir ce qu'il faut entendre par enfant *légitime* : l'enfant *conçu* pendant le mariage répond, avec la raison, l'article 312. MM. Valette et Demolombe veulent, au contraire, rectifier l'article 312 par la rubrique du chapitre qui porte : De la filiation des enfants légitimes ou *nés* dans le mariage, mais cette rubrique elle-même, on est forcé d'en convenir, est inexacte, puisque l'enfant conçu pendant le mariage, et né depuis, est évidemment légitime ; pourquoi dès lors faire prévaloir la rubrique sur le texte ? M. Valette sait d'ailleurs à quoi s'en tenir sur la valeur des rubriques, puisqu'il signale lui-même, comme manifeste une inexactitude, l'intitulé de la loi du 24 mai 1819, portant *abolition des droits d'aubaine et de détraction*, qui n'avaient nullement été rétablis par le Code civil.

Que dit après tout le bon sens ? C'est que c'est la conception, et non la naissance, fait postérieur, qui détermine le caractère de la filiation. Un homme veuf épouse, quelques jours après la mort de sa femme, la concubine enceinte de ses œuvres. Comment ce mariage précipité, qui n'est qu'un scandale de plus, pourra-t-il effacer le vice d'adultérinité ? Disons avec la Cour de cassation, dont l'auteur cite les deux arrêts, en date du 28 juin 1869 (de Vill., 69. 1. 446), mais sans en réfuter les arguments :

« Que les articles 312 et suivants du Code Napoléon posent « formellement le principe que c'est la conception, et non « la naissance, qui constitue la filiation; que, si l'enfant né « avant le cent quatre-vingtième jour du mariage naît légi- « time, quoique légalement conçu avant l'union des époux, « ce n'est que par l'effet d'une fiction de la loi, qui suppose, « de la part de ces derniers, l'intention de lui conférer la

Digitized by Google

« légitimité par leur mariage postérieur à la conception,
« mais antérieur à la naissance; qu'à la différence de l'en-
« fant conçu dans le mariage, dont la légitimité est protégée
« par la présomption absolue de la loi, il n'est réputé légi-
« time que tant qu'il n'est pas désavoué; que son état d'en-
« fant légitime repose ainsi sur l'aveu exprès ou tacite de
« la paternité du mari, joint au fait de sa naissance pendant
« le mariage; que cette paternité, qui est l'un des éléments
« essentiels de la filiation, doit n'être entachée d'aucun vice
« qui en rende la reconnaissance inefficace et nulle; que les
« articles 331 et 335 du Code Napoléon prohibent toute recon-
« naissance des enfants nés hors mariage d'un commerce adul-
« térin; que cette prohibition, fondée sur des raisons d'ordre
« public, doit avoir également son application, la cause de
« l'inaptitude étant la même, lorsque la date de la naissance
« pendant le mariage, rapprochée de celle où la présomption
« de la loi fait remonter la conception, établit que l'enfant
« est né d'un commerce adultérin; que, dans ce cas, sa légi-
« timité est tout aussi incompatible que le serait sa légiti-
« mation avec le vice de sa conception. »

On voit que la Cour de cassation admet bien l'expression de *légitimité*, mais ce n'est plus qu'une question de mots, puisque cette légitimité se trouve sonmise aux mêmes règles que la légitimation.

La décision que nous venons de combattre n'est point en harmonie avec le caractère élevé qui distingue l'enseignement de M. Valette. Elle nous semble une réminiscence de la première manière de notre savant collègue qui, dans les premiers temps, abusant de cette faculté d'investigation dont il est si heureusement doué, pressait souvent les textes pour en faire sortir des conséquences inattendues; il se préoccupait plus alors de ce que les Romains appellent *subtilitas verborum* que de la raison pratique. Aujourd'hui que son esprit s'est fortifié par une large étude soit de l'histoire et des travaux préparatoires de nos lois, soit de la jurisprudence qui en éclaire l'application, il cherche moins à étonner, beaucoup plus à convaincre. Et à vrai dire, on ne trouve que peu de traces dans son livre, œuvre de maturité, de ces tendances de jeunesse un peu paradoxables. C'est la seconde manière qui est la bonne, et les amis de la

Digitized by Google

science ne peuvent que s'applaudir de voir le docte membre de l'Institut s'y attacher de plus en plus.

Ce n'est pas que nous ayons jamais à craindre de le voir entrer dans l'école sabinienne, et se borner à reproduire l'opinion de ses devanciers, *in his quæ ei tradita fuerunt, perseverare*. Citons, pour nous rassurer sur ce point, si pareil danger pouvait être à craindre, une de ces explications ingénieuses, où l'élégance de la solution se trouve unie au sens pratique. On a été jusqu'ici fort embarrassé pour se rendre compte de la disposition de l'article 225 du Code, qui permet aux *héritiers du mari* aussi bien qu'à ceux de la femme d'opposer la nullité fondée sur le défaut d'autorisation. Est-ce que l'autorité maritale n'expire pas avec le mari, et quel intérêt pécuniaire peuvent avoir ses héritiers à critiquer la gestion de la femme? On en était réduit à imaginer certaines conventions du contrat de mariage, obligeant la femme à faire profiter la communauté de certains biens dont elle se serait conservé l'administration. La solution de M. Valette ne se place point dans des hypothèses aussi exceptionnelles. Elle suppose simplement que des créanciers de la femme invoquent l'article 1464 pour faire tomber la renonciation à la communauté comme faite en fraude de leurs droits. Les héritiers du mari leur fermeront la bouche, si l'engagement de la femme, qui est leur titre, a été contracté sans autorisation. Voilà une explication qui n'a rien de forcé, et à laquelle tout bon esprit doit s'empresser de souscrire.

Terminons donc en faisant remarquer qu'il ne faut point dire seulement ici :

Indocti discant et ament meminisse periti.

Les *periti* eux-mêmes trouveront à s'instruire dans ce livre, en même temps que les commençants y recueilleront les plus précieuses indications.

E. BONNIER.

Digitized by Google

LA PROPRIÉTÉ, LE CAPITAL ET LE TRAVAIL.

Par M. Rozy, professeur à la Faculté de droit de Toulouse, 1871.

Compte rendu de M. H. Lespinasse,
Premier avocat général à la Cour d'appel de Pau.

La révolution de 1848 avait donné une gravité et une urgence redoutables aux problèmes que soulève l'organisation sociale. Les ambitieux de popularité, obligés d'annoncer bien haut des réformes afin de plaire à la multitude et ne pouvant plus offrir l'abolition des priviléges de caste depuis longtemps évanouis, devaient nécessairement s'attaquer à la seule inégalité qui subsiste encore, l'inégalité des fortunes. La propriété devint l'objet de leurs déclamations les plus violentes. Avec elle devaient tomber, disaient-ils, la tyrannie du capital et le servage du prolétariat.

L'ordre social menacé trouva d'intrépides défenseurs parmi les esprits les plus éminents de l'époque. Une sorte de croisade intellectuelle dont l'Académie des sciences morales donna le signal, s'organisa aussitôt contre ce déchaînement des passions brutales. Des écrits élémentaires, clairs et concis furent rapidement publiés, afin de mettre à la portée de tous, les notions d'économie les plus propres à dissiper les illusions des classes laborieuses. Il n'est que juste de citer parmi les meilleurs les opuscules improvisés de Cousin, de Portalis, de Troplong et surtout le beau livre de l'homme d'État illustre qui préside aujourd'hui aux destinées de la France. Dans cet ouvrage vraiment admirable, la propriété apparaît comme le fondement de toute société, et les sophismes qui la battent en brèche sont réfutés avec cette force et cette souplesse de raisonnement, cette fécondité d'aperçus, ce charme d'exposition dont le grand orateur a seul le secret.

L'orage apaisé pour un peu de temps, la nécessité de faire pénétrer la lumière dans les plus humbles rangs, ne cessa pas de préoccuper les hommes placés à la tête de la science. Des conférences populaires furent ouvertes à Paris

Digitized by Google

et dans d'autres villes, afin de vulgariser la connaissance des lois inéluctables de la production et de la répartition des richesses. Ces conférences sont un titre d'honneur pour ceux qui en partagèrent le fardeau. Les noms de Wolowski, de Batbie, de Baudrillart, de Garnier, demeureront chers à la mémoire des vrais amis du peuple.

Si l'œuvre était bonne alors, elle est encore indispensable aujourd'hui, car les erreurs mille fois réfutées se sont relevées plus hardies que jamais; on n'a pas craint de montrer au peuple l'abolition de la propriété et la confiscation du capital comme le véritable progrès vers lequel doivent tendre tous ses efforts.

C'est contre ces dangereuses excitations qu'un docte professeur de la Faculté de Toulouse est entré en lice, dans un petit livre où se trouvent condensées avec clarté et méthode les vérités qu'il importe le plus de répandre, sur la nature du capital et sur les liens indissolubles qui l'unissent à la main-d'œuvre.

Suivons-le rapidement dans cette exposition lumineuse.

Le capital est la propriété de celui qui le possède. Cette propriété est-elle juste? M. Rozy ne traite pas directement la question, mais il rappelle, en passant, les principes qui servent à la résoudre : tout homme est incontestablement propriétaire de ses facultés personnelles. C'est la première richesse; elle est donnée par la nature. L'aptitude individuelle développée par l'instruction crée dans les objets extérieurs des degrés nouveaux d'utitité qui sont pour leur auteur une deuxième espèce de propriété; propriété légitime assurément, car elle est le fruit du travail; propriété nécessaire, car nul ne se contraindrait à la peine s'il ne devait en obtenir la récompense. Maître absolu de son ouvrage, l'homme peut en jouir lui-même ou le céder à autrui. S'il peut donner sa vie durant, il le peut à sa dernière heure; il doit le pouvoir également pour le temps où il ne sera plus; car l'obliger à se dépouiller avant sa mort, n'empêcherait pas le don et ne ferait que provoquer l'ingratitude. S'il n'a pas désigné son successeur, quoi de plus raisonnable que d'interpréter ses intentions en faveur des personnes que les liens du sang devaient lui faire préférer? La loi de l'héritage est donc fondée sur le travail et la liberté individuelle.

Digitized by Google

Il existe, il est vrai, des richesses mal acquises, mais elles se détruisent d'elles-mêmes par les vices qu'enfante l'oisiveté, ou bien elles conquièrent par un utile emploi le droit au respect. La prescription, *patronne du genre humain*, viendrait au besoin couvrir le vice de leur origne. La loi veille, d'ailleurs, pour réprimer les moyens de s'enrichir qui porteraient atteinte à la morale publique.

Cette théorie simple et vraie explique et justifie l'inégalité des fortunes. Un homme est plus intelligent, plus laborieux, il produit plus et mieux qu'un autre. S'il joint à cet avantage plus d'ordre, de prévoyance, d'économie, il mettra en réserve une part plus considérable de ce qu'il aura gagné. Mais, en améliorant sa condition, il ne nuit à personne, au contraire; s'il produit davantage, il verse dans la consommation plus d'objets utiles; si ses produits sont de meilleure qualité, ils augmentent plus sensiblement le bien-être général; enfin, ses épargnes sont un capital de plus qui donnera un nouvel essor à la production.

La richesse accumulée par le travail et l'économie passe-t-elle à un dissipateur, une ruine prochaine, nous l'avons dit, est le juste châtiment du successeur dégénéré. Mais peut-on faire un crime à un héritier enrichi d'abandonner pour les travaux de l'intelligence la profession manuelle source de sa fortune? La main-d'œuvre n'a-t-elle pas besoin de direction et la direction n'appartient-elle pas à la science?

Les hommes d'élite, les savants ont donc aussi un rôle important dans l'ordre social, et loin de les qualifier d'oisifs, il convient de les honorer comme les coopérateurs les plus précieux. Il faut, dit très-bien M. Rozy, admettre dans la classe des *travailleurs* tous ceux qui concourent à la production par l'invention, la direction ou l'exécution, par le génie, la science ou l'initiative sagace et hardie.

Un peuple qui ne veut pas végéter dans la barbarie, qui aspire à développer dans son sein toutes les facultés humaines, pourrait-il répudier la culture des lettres et des arts? Le fils de l'ouvrier parvenu à la richesse sera-t-il banni de la République parce qu'il emploiera ses loisirs à créer des chefs-d'œuvre comme ceux de Bossuet, de Pascal ou de Fénelon? Pour encourager de semblables travaux, ne

Digitized by Google

faut-il pas un public d'élite qu'une éducation spéciale ait préparé à les apprécier?

Sans la richesse accumulée, qui tenterait les entreprises hasardeuses? Qui oserait y consacrer un capital dont la perte condamnerait le possesseur à l'indigence? Enfin, sans l'inégalité des fortunes, qui consommerait les produits perfectionnés? Et s'il n'y en avait point de tels, que deviendraient le progrès dont nous sommes si jaloux, et le bon marché des produits inférieurs dont le fabricant ne se rédime que par le haut prix des qualités supérieures?

Ainsi la richesse accumulée est légitime. Elle est de plus indispensable. Le travail le plus simple ne peut s'accomplir qu'à l'aide de quelque instrument, ne fût-ce qu'un hoyau, une charrue. Pour se les procurer, il a fallu mettre en réserve sur la consommation habituelle, une partie des produits antérieurs, c'est-à-dire former un premier capital. Plus il augmentera, et plus la main d'œuvre aura de profits. Car, les machines perfectionnées par l'accroissement du capital donneront une quantité de produits infiniments plus considérable; les prix baisseront, et l'ouvrier obtiendra en échange du même salaire beaucoup plus des objets dont il a besoin. Ce n'est pas tout. Le bon marché augmentera la consommation générale à tel point qu'il faudra pour la seule direction des machines infiniment plus de bras que n'en exigeaient précédemment les métiers à la main. M. Rozy cite pour exemple l'industrie du tissage et de la filature qui, en 1769, occupait en Angleterre 8,000 ouvriers gagnant annuellement 400 francs par tête, et qui, en 1833, grâce à la machine d'Arkwright, employait 800,000 *travailleurs* à 600 francs chacun.

L'explication de ce phénomène est facile: si à mesure que le capital augmente, il continuait d'être rémunéré dans la même proportion, la part du salaire dans le produit ne varierait pas. Mais la concurrence oblige le capitaliste à réduire le taux de l'intérêt, afin de trouver l'emploi de son argent. Au lieu de 12 ou 15 p. 100, il ne reçoit plus que 2 et demi ou 3, et cette diminution tourne entièrement au profit du salaire. Voyez ce qui se passe dans l'industrie agricole. Dans les pays où la culture est arriérée, la terre se vend peu et le produit net représente pour le propriétaire

Digitized by Google

4 ou 5 p. 100 de rente. Mais que le capital abonde, que la culture se perfectionne comme dans les vignobles de Bordeaux ou dans les plantations d'oliviers de la Provence, le prix du sol est décuplé, et la rente descend à 2 ou 2 et demi. Qui profite de la différence? L'ouvrier, car non-seulement il achète à plus bas prix les objets qu'il consomme, mais son salaire augmente parce que la main d'œuvre est plus recherchée. Au lieu de 75 centimes ou de 1 franc par jour, il gagne 2 francs et 2 fr. 50 c.

Il est bien vrai que si le bailleur de fonds ne prélevait pas même 2 et demi p. 100, la part de l'ouvrier serait encore plus large. Mais il est certain aussi que bientôt il n'y aurait plus de capital et par suite plus de travail. Qui songerait à l'épargne si elle ne devait procurer aucun avantage? Pour vouloir exagérer les bénéfices de l'ouvrier, on lui ôterait son gagne-pain en le privant de tout moyen de rendre son travail productif.

Après avoir établi la nécessité du capital et l'inégalité inévitable qui en est la conséquence, l'auteur examine les systèmes imaginés pour prévenir cette inégalité, *pour abolir la concurrence et les maux qu'elle entraîne, pour relever le travailleur de la condition humiliante de salarié, enfin pour détruire l'exploitation de l'homme par l'homme.*

M. de Rozy rappelle, en premier lieu, les prédications communistes qui attribuaient à l'État le soin de déterminer la tâche et le salaire de chaque individu.

La réfutation de cette idée a été faite trop souvent pour qu'il soit nécessaire d'y revenir. Disons seulement que si le pouvoir central pouvait suffire à une telle mission, il en résulterait le despotisme le plus dégradant qui eût jamais pesé sur l'espèce humaine. L'État, en effet, déciderait souverainement de l'aptitude de chaque individu, lui assignerait sa fonction, proportionnerait son salaire à ses besoins, et déterminerait le prix de chaque chose. Il serait obligé de prescrire le travail en commun afin de stimuler la paresse par la surveillance mutuelle; la dépense en commun pour empêcher l'épargne source d'inégalité, enfin il devrait aller jusqu'à imposer la communauté des femmes et des enfants, car l'existence de la famille serait incompatible avec la défense de travailler et d'économiser dans l'intérêt de ceux à qui on

Digitized by Google

aurait donné le jour. D'un autre côté, la certitude d'obtenir toujours le nécessaire diminuerait pour tous l'ardeur au travail et ruinerait la production; ainsi disparaîtraient à la fois la dignité, la liberté et le bien-être.

M. Rozy mentionne encore le saint-simonisme, qui, sans nier la propriété individuelle, abolissait l'héritage, et détruisant la famille, ôtait au travail son plus puissant aiguillon; le fourriérisme qui admettait le capital et l'hérédité, mais qui recommandait comme un *idéal* ces grandes ruches humaines appelées phalanstères, dont les expériences les plus désastreuses ont montré l'insanité; enfin, le socialisme, qui ne tendrait, si on voulait l'en croire, qu'à corriger les abus de la propriété individuelle par *l'association* et *la réciprocité.*

Cette dernière utopie a changé souvent d'enseigne, mais son but est toujours le même : procurer aux travailleurs un capital qui ne leur coûte rien. Si la réalisation d'une telle idée était possible, chacun devrait y applaudir. Malheureusement, elle se heurte contre la nature des choses.

La première forme qu'elle a revêtue de nos jours est celle du *crédit gratuit.*

On fonderait une banque qui fournirait à chaque travailleur, *sans rémunération*, tous les fonds dont il aurait besoin. Mais cette banque prêterait-elle à tout venant? Dans le cas de l'affirmative, sa ruine serait infaillible et prochaine. Si, au contraire, elle ne livrait son argent qu'aux emprunteurs solvables, en quoi différerait-elle des établissements actuels? Dira-t-on qu'elle diminuerait le taux de l'intérêt? Le capital ne se crée point par un acte de toute-puissance. Il faut l'obtenir de ceux qui le possèdent et par conséquent le rémunérer; ajoutez à cette charge le bénéfice raisonnable de celui qui négocie le prêt et en assume les risques, et vous arrivez tout de suite à un intérêt élevé. Ainsi, ou le capital manquerait à la banque nouvelle, ou elle serait obligée de fonctionner dans des conditions peu différentes de celles que nous avons sous les yeux. Admettons cependant qu'elle surmontât ces difficultés et qu'elle parvînt à marcher sûrement et économiquement, tout en donnant au crédit une extension plus considérable. Quels résultats produirait-elle? A l'aide des emprunts gratuits, tous les détenteurs actuels du capital,

Digitized by Google

seraient bientôt remboursés et par cela même réduits à l'indigence, puisque l'argent qu'on leur remettrait ne pourrait plus trouver d'emploi. D'un autre côté, l'épargne deviendrait inutile, et le travail aurait perdu son stimulant le plus actif; on aboutirait donc encore à la misère par le déclin de la production.

La deuxième forme du socialisme est le mutuellisme ou l'équivalence des fonctions. Chaque travailleur, quelles que fussent sa spécialité et son habileté, ne recevrait jamais au delà du nécessaire, par le motif que chacun faisant ce qu'il peut, son travail doit valoir autant que celui d'un autre, et qu'en définitive, les produits se payent avec des produits par voie d'échange.

L'échange est, en effet, le moyen à l'aide duquel les hommes se communiquent les choses dont ils ont besoin; mais il ne se fait pas nécessairement but à but, et le travail de l'ouvrier diligent et habile vaudra toujours plus, en dépit des sophismes, que celui du paresseux ou de l'ignorant, et si ce dernier obtenait, en retour du peu qu'il donne, tout autant que l'autre, il n'y aurait bientôt plus que des travailleurs indolents et la production décroîtrait avec rapidité.

Le troisième système est le collectivisme. Il a été présenté en 1868 au congrès de Bruxelles par les adeptes de l'*Internationale*. Il est d'une saisissante simplicité. La terre a été donnée gratuitement à l'humanité par la nature. L'État la reprendrait pour la faire valoir au profit exclusif des ouvriers. Il en serait de même des autres instruments de travail, des grands établissements industriels comme les mines, les chemins de fer. Affranchis de la rémunération que prélèvent aujourd'hui les détenteurs de ces capitaux, les services qu'on en retirerait pourraient être donnés au prix de revient, et ce prix serait distribué en entier aux travailleurs sous le nom de collectivité sociale.

Cette théorie ne brille point pas l'invention. C'est tout simplement la spoliation sous le moins spécieux des prétextes. Le sol que la nature a donné gratuitement à l'homme, c'est la terre inculte, improductive. Qu'est-ce, au contraire, qu'un établissement agricole ou industriel? C'est le sol fécondé par le capital, par le travail accumulé des générations antérieures. En s'en emparant, on ne recouvrerait donc pas un bien

Digitized by Google

usurpé; on s'approprierait le labeur d'autrui, et cela ne serait pas plus légitime que si, dans la nouvelle organisation, un ouvrier dérobait le salaire d'un autre.

A la place de ces projets impossibles ou iniques, M. Rozy propose une combinaison qui a déjà porté d'heureux fruits : c'est la participation de l'ouvrier aux bénéfices. A Paris, MM. Leclaire et Desfournaux, dans la peinture en bâtiment; M. Dupont, dans la fonderie des caractères typographiques; en province, M. Laroche-Joubert, fabricant de papier à Angoulême, ont obtenu par ce moyen les résultats les plus satisfaisants. Trente années ont suffi à M. Leclaire pour constituer en faveur de ses ouvriers un fonds de réserve de 500,000 francs, tout en leur distribuant 50 p. 100 des bénéfices. Selon ses calculs, l'ouvrier intéressé à l'entreprise fait chaque jour pour 60 centimes de travail de plus, et économise pour 25 centimes de matière et d'outils.

Mais l'amélioration que M. Rozy recommande surtout, c'est la société coopérative dans laquelle les ouvriers spéculent seuls, sans l'adjonction ni de capitalistes ni d'entrepreneurs, et réunissent ces deux qualités à celle qui leur est propre. Ainsi disparaît, bien évidemment, l'antagonisme supposé entre le capital et le salaire. Ce n'est pas, cependant, que le salaire fasse, comme on le dit, une position humiliante au travailleur. Le salaire librement débattu n'est qu'une part du produit déterminée à forfait et affranchie des délais de la vente et des risques de l'opération. Mais enfin, l'ouvrier peut s'il le veut, être exonéré de cette apparente sujétion et devenir lui-même le bailleur de fonds et le maître de l'entreprise. L'épargne la plus modique prélevée sur les salaires d'associés nombreux et placée à intérêt, peut produire en peu de temps un capital énorme. « On ne sait pas assez, disait un économiste anglais, la puissance du sou par semaine. »

A l'aide de ce capital, la société peut se livrer à trois sortes d'opérations :

1° Acheter comptant et en gros pour ceux qui la composent les choses nécessaires à la vie, et les obtenir aussi au rabais et de meilleure qualité : c'est la société de consommation; — 2° faire des avances aux associés pour leur procurer des instruments de travail : c'est la société de crédit;

Digitized by Google

— 3° enfin, entreprendre l'exploitation d'une industrie avec toutes les chances de gain et de perte qu'elle comporte : c'est la société de production.

Cette dernière espèce est de beaucoup la plus difficile à diriger, parce qu'elle exige à la fois l'aptitude de l'entrepreneur et celle du producteur. Il faut savoir comme le fabricant acheter et vendre, saisir le moment opportun, choisir les lieux de provenance des matières premières, s'assurer des débouchés, discerner les meilleures méthodes de fabrication, maintenir dans l'atelier l'autorité nécessaire sur des ouvriers dont on est le mandataire élu et révocable; tant de conditions de succès se rencontrent rarement. Aussi les tentatives de ce genre ont-elles le plus souvent échoué. Mais rien n'empêche que nous ne revenions sur nos pas, qu'à l'exemple de l'Allemagne et de l'Écosse, nous ne commencions par les sociétés de crédit et de consommation pour arriver par degrés jusqu'aux sociétés de production.

Nous partageons entièrement les vues si sages et si patriotiques de M. Rozy, et nous sommes persuadé que tous les vrais amis du peuple lui sauront gré d'avoir une fois de plus mis à néant des erreurs dangereuses et prouvé aux travailleurs qu'il dépend d'eux d'améliorer leur condition, sans qu'il en coûte rien ni à leur dignité, ni à leur liberté, ni à leur moralité.

H. LESPINASSE.

HISTOIRE DES ÉTATS GÉNÉRAUX

CONSIDÉRÉS AU POINT DE VUE DE LEUR INFLUENCE SUR LE GOUVERNEMENT DE LA FRANCE DE 1555 A 1614.

Par M. Georges Picot, juge au tribunal de la Seine [1].

Compte rendu par M. Gabriel Debacq,
docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris.

Dans un de nos précédents numéros, nous avons rendu compte du livre de M. Arthur Desjardins, premier avocat gé-

[1] Ouvrage couronné par l'Académie des sciences morales et politiques. — Premier prix du concours d'histoire. 4 vol. grand in-8°. Paris, Hachette et C°, 1872.

Digitized by Google

néral à Aix sur les États généraux de 1356 à 1614, et leur influence sur le gouvernement et la législation du pays.

Le même sujet a été abordé par M. Georges Picot, juge au tribunal de la Seine, dans un travail considérable, auquel l'Académie des sciences morales et politiques a décerné le premier prix de son concours d'histoire pour 1869.

Il est, après les louanges publiques décernées à M. Picot en séance de l'Institut par M. Guizot, et plus récemment encore par M. le procureur général Renouard en audience solennelle de la Cour de casation, superflu de faire l'éloge de l'œuvre que nous avons en ce moment sous les yeux. Nul d'ailleurs ne lira les quatre volumes dont elle se compose sans ratifier de tous points le jugement de l'Académie. Il était impossible de retracer avec plus de précision et dans un langage plus sobre et plus élevé à la fois le rôle joué par les États généraux dans l'ancienne France.

Alors que dans le travail de M. Desjardins nous retrouvons plus complaisamment indiqué le grand mouvement d'opinion dont chaque session d'États était l'occasion, et dont les cahiers de chaque province étaient la manifestation publique et comme la traduction officielle, on rencontre plus spécialement indiquée dans le livre de M. Picot l'action effective des États sur le régime social, politique et législatif du pays. M. Desjardins, et c'est là l'originalité de son livre, permet au lecteur d'apprécier l'intensité trop longtemps méconnue de la vie politique dans tous les rangs de l'ancienne société française : M. Picot détermine plus complétement les résultats directs ou indirects obtenus par les Assemblées, et donne l'exacte mesure de l'influence exercée sur les destinées nationales, non-seulement par les États pris en leur ensemble, mais par chacun des trois ordres, noblesse, clergé et tiers en particulier.

Le mode de composition employé par M. Picot est d'une simplicité et par suite d'une clarté extrême.

L'auteur commence par faire à grands traits un tableau de l'état du pays au début de chaque session. Il indique soigneusement les circonstances qui ont précédé, amené ou accompagné la convocation des États, raconte les divers incidents qui se sont produits au cours de la réunion, résume les questions mises en discussion, les opinions et le rôle des

Digitized by Google

principaux députés, précise le caractère des relations des divers ordres entre eux, leurs rapports avec la royauté. Après avoir ainsi fait l'historique de chaque Assemblée, il analyse les vœux contenus dans les cahiers généraux présentés par les États ensemble, ou dans ceux de chaque ordre ou de chaque province. Ces vœux sont, d'après les objets auxquels ils se rapportent, répartis en des chapitres distincts. Sont, par exemple, réunis sous la rubrique « Autorité des États » tous les vœux émis, toutes les mesures proposées par l'Assemblée pour assurer aux représentants du pays part effective au gouvernement du pays. L'auteur groupe sous la dénomination d'affaires ecclésiastiques ce qui, dans les travaux des députés, a trait au gouvernement de l'Église, au recrutement, à la discipline, à la juridiction, à la gestion des biens du clergé, aux rapports de l'Église et de l'État, aux appels comme d'abus, à la police religieuse. Autant en fait-il au chapitre de l'organisation judiciaire, ou il résume les délibérations, les résolutions ou les doléances de chaque Assemblée relatives à la composition, aux fonctions des divers corps de magistrature, aux juridictions, à la procédure civile, à l'instruction criminelle et ses annexes. Sous la rubrique Législation sont analysés le droit civil et le droit criminel, les coutumes, les édits ou ordonnances. Chaque chapitre est lui-même subdivisé en autant de sections que besoin est pour que nul sujet intéressant ne puisse échapper à l'attention du lecteur. Le chapitre Droit civil, nommément, est subdivé en deux portions consacrées, l'une aux personnes, l'autre aux biens. Les organisations financière, commerciale, militaire, sociale, forment pour chaque session comme autant de monographies qui rendent les recherches extrêmement aisées et permettent à chacun, en rapprochant les uns des autres les chapitres réservés dans l'histoire de chaque Assemblée, aux mêmes sujets, de se rendre sur une question déterminée un compte exact des variations ou de la persistance de l'esprit public, de l'influence du temps et des milieux, des passions politiques ou religieuses, sur les idées, les résolutions des députés de chaque ordre.

Après avoir analysé, ainsi que nous venons de dire, les vœux des États, M. Picot les rapproche des ordonnances, des édits rendus soit à la clôture des sessions, soit dans les

Digitized by Google

années qui suivent. Il dissèque, s'il nous est permis d'employer cette expression, ces documents législatifs, où la méthode n'est pas habituellement la qualité dominante ; il en classe les dispositions diverses sous chacune des rubriques qui lui ont servi à résumer les cahiers des États, les met en regard de ces vœux, constate les rapports, ou fait ressortir les divergences qui existent entre les propositions des députés, et les textes légaux émanés de la royauté. Il retrouve ainsi dans la législation positive nombre de vœux émis par les États dans de précédentes sessions, de réformes, de mesures de toutes sortes adoptées par le souverain et converties en ordonnances dans les termes mêmes où elles avaient été proposées par les députés ; ailleurs il signale une demi-satisfaction donnée aux doléances, un pas fait dans la voie tracée par les États.

Le rapprochement des cahiers et des ordonnances permet à M. Georges Picot de déterminer avec exactitude et sur chaque matière spéciale l'influence exercée par les États. L'auteur signale dans un résumé succinct et pour chaque session les résultats obtenus par les trois ordres, et fixe la part qui revenait à chacun dans la grande œuvre du progrès en France. Enfin, dans une dissertation finale où la précision des aperçus, l'élévation de la pensée le disputent à l'énergie et à la magnificence du style, il fixe les titres des États à la reconnaissance du pays, rapprochant les succès des déceptions, les fautes commises des services rendus, et sans se laisser aller à une exagération irréfléchie, rendant pleine justice « à ces Assemblées qui, si elles ont traversé notre his« toire comme de brillants météores, ont laissé des traces « lumineuses, donné des impulsions fécondes, et ainsi que « ces étoiles qui ont guidé dans la nuit les pasteurs de la « Judée, ont été pendant trois siècles la consolation des fai« bles et l'espérance des opprimés. »

C'est qu'en effet si l'action apparente des États sur le gouvernement ou la législation du pays paraît à l'observateur superficiel se réduire aux termes les plus modestes, leur action réelle a été des plus considérables.

Il est dans l'histoire quelques grands noms sur lesquels se concentre l'attention de la postérité, grands noms qui rayonnent à travers les siècles d'un tel éclat que tout ce qui les

Digitized by Google

précède, les entoure ou les suit reste abîmé dans l'ombre, Charles V, L'Hôpital, Henri IV, Sully, Richelieu, que de souvenirs se résument en ces hommes, que d'admirations ils soulèvent!

Et cependant combien de réformes, de progrès attribués à leur initiative n'ont été que l'exécution pure et simple de projets empruntés aux États, la réalisation de vœux déposés aux cahiers d'un obscur bailliage, ou des doléances de quelque député oublié et ne leur ont coûté que la peine de se souvenir! que de richesses à leur actif qui ne sont que des deniers d'emprunt!

Charles V a haï les États généraux, il a passé sa jeunesse à lutter avec eux, son âge mûr à exciter contre eux les colères et les passions de la multitude; il s'est allié à la plèbe, a fait appel à la démagogie parisienne pour étouffer la voix des députés du pays, il a fait assassiner Marcel, décapiter Toussac, il a exilé Lecoq, et comme si ces sanglantes exécutions n'eussent point suffi à apaiser ses colères contre ces assemblées devant lesquelles il avait tremblé, il a passé sa vie à les calomnier. Eh bien! son règne entier n'a été que la mise en pratique des réformes sollicitées par les États. Il a frappé les hommes. Les idées l'ont vaincu, elles se sont imposées à lui : il a été l'exécuteur de la pensée de ceux qu'il avait traités en ennemis. Le bien qu'il a fait, c'est aux Assemblées de 1356, aux États de Paris, aux États de Compiègne, à ceux de Provins ou de Vertus que la France le doit.

Si les ordonnances d'Orléans et de Moulins sont pour L'Hôpital un titre de gloire, il serait injuste d'oublier que les États d'Orléans et de Blois en ont inspiré les dispositions les plus sages.

Henri IV et Sully n'aimaient pas les États. Ils étaient trop habiles sans doute pour afficher tout haut leur antipathie; mais il ne faut point oublier que si le roi déclarait aux notables qu'il venait se mettre en tutelle entre leurs mains malgré sa barbe grise, le ministre épuisait son adresse pour frapper d'impuissance les résolutions des députés. Ils n'ont cependant guère fait l'un ou l'autre que suivre la voie tracée par les États.

Richelieu, le véritable fondateur de l'absolutisme en France, n'a pu oublier qu'au premier jour de sa carrière politique, il

Digitized by Google

avait siégé, dans les rangs du clergé, aux États de 1614. Il s'est inspiré des travaux de cette Assemblée, et dans son œuvre, dans le vaste ensemble de réformes dont il a doté la France, la trace de l'influence laissée dans son esprit par les États de Paris est trop marquée pour qu'il soit permis de la méconnaître.

C'est que les grands hommes devant lesquels chacun s'incline, qui, sur le premier plan du théâtre du monde attirent tous les regards et sollicitent toutes les admirations, sont moins souvent les initiateurs que les exécuteurs de la pensée commune. Ils sont grands de tout ce qu'ils savent prendre aux autres d'expérience, de sagesse et quelquefois de folies. Leur supériorité consiste à profiter sans scrupule des faiblesses ou des efforts de plusieurs générations. Ainsi ont fait en France les Charles V, les Richelieu. Ces hommes ont su exécuter, réaliser les conceptions d'autrui. Ils ont su reconnaître ce qu'il y avait de pratique dans les vœux d'Assemblées qu'ils détestaient. Leur grand titre à la reconnaissance du pays est là. Et il suffit à leur gloire. Il est tel qu'on peut, sans craindre de les diminuer outre mesure, rendre aux États la justice qui est due à ceux-ci.

Il ne saurait être permis de fermer les yeux à la vérité. Il faut le reconnaître, le proclamer bien haut, l'honneur de la plupart des réformes utiles réalisées par la royauté revient aux États ; c'est à eux qu'on doit les plus belles de nos vieilles ordonnances; à leur courage, à leur intelligence, à leur persistance que doivent être attribués les plus précieux des progrès réalisés de toutes manières de 1356 à 1627, du temps d'Étienne Marcel aux jours de Richelieu et de Colbert.

Ils ont poursuivi leur œuvre sans cesse, au milieu des désordres de toutes sortes, des passions déchaînées, des proscriptions menaçantes avec une conscience, un soin, un calme incroyables. Au sein des troubles qui ont suivi la catastrophe de Poitiers, comme au lendemain de la conspiration d'Amboise ou à la veille de la Saint-Barthélemy, ils ne se sont pas laissé détourner de la tâche qu'ils avaient entreprise, et dont ils se transmettaient la tradition comme un inviolable dépôt. Il semble que loin de les troubler, les dangers qui les entouraient ont encouragé et avivé leur zèle. Les grandes

Digitized by Google

époques de bouleversement politique et social sont aussi les grandes époques de développement intellectuel. On dirait que surexcitées par les passions qui remuent le pays, les facultés de chacun s'élargissent et s'aiguisent. Assemblés au plus tristes moments de notre histoire, les États n'ont jamais oublié les doléances de leurs commettants, les menus abus qui « foulaient la nation » ; ils se sont appliqués aux réformes de détail avec une énergie dont ils ne se sont jamais départis. Il n'est pas de sujet, si humble qu'il fût, qu'ils aient jugé indigne d'attirer leur attention. En pleine guerre civile ils s'occupaient de procédure civile, de confection des rôles d'audience, des droits de greffe, des émoluments des notaires et des sergents, des épices des rapporteurs, s'appliquaient aux questions d'instruction publique, signalaient les inconvénients de la ferme des amendes, ou dissertaient sur l'élection des juges ou le choix des échevins. Nulle session n'a été, comme le fait remarquer M. Picot, plus féconde que celle des États d'Orléans, que les premiers États de Blois.

A cette sollicitude des députés pour les intérêts les plus humbles il y avait une cause.

On parle beaucoup de nos jours de mandat contractuel, de mandat impératif. L'expression mandat impératif peut être récemment entrée dans la langue politique, mais si le mot est nouveau, la chose est vieille; à défaut d'autres titres à la faveur publique, elle a du moins celui de l'ancienneté. Le mandat impératif est né avec la première de nos Assemblées d'États, et n'a cessé d'être pratiqué qu'en 1789, à la demande de Mirabeau. Ce sont les radicaux du siècle dernier qui ont rompu avec cette vieille tradition. Ils l'ont écartée comme un legs de l'ancien régime.

Nous ne voulons point répéter ici ce que nous avons dit ailleurs sur la manière dont les électeurs et leurs délégués entendaient la théorie et la pratique du mandat impératif. Cela nous entraînerait à de trop longs développements; ce que nous voulons seulement constater, c'est que les élus recevaient de leurs mandants des instructions dont ils ne devaient pas se départir. Ces instructions étaient résumées dans ce qu'on appelait les cahiers; et ce n'était pas seulement l'opinion ou la volonté seule de ceux que la coutume appelait à coopérer au choix des députés qui servait à la rédaction des

Digitized by Google

cahiers. En certains pays des réunions analogues aux meetings étaient tenues où figurait toute la population libre, où étaient votées des résolutions qui, transmises au chef-lieu du bailliage, étaient analysées dans les instructions des députés. Ailleurs des boîtes étaient déposées à la porte des maisons communes et des églises paroissiales. Toute personne, quelle que fût sa condition, noble, bourgeois ou manant, pouvait y jeter des mémoires écrits relatant ses griefs sur toutes choses.

Les requêtes déposées dans ces boîtes étaient soigneusement analysées, les vœux qu'elles contenaient, les doléances qu'elles exprimaient, figuraient aux cahiers à côté de celles du corps électoral proprement dit. Pour les pauvres gens des villes ou des campagnes, la grande politique présentait peu d'intérêt; si dans chaque bailliage il se trouvait quelques citoyens d'une fortune, d'une instruction, ou d'un esprit assez élevé pour s'inquiéter des questions de gouvernement et voir les choses de haut, c'étaient les petits abus, les vexations de détail qui sollicitaient avant tout les colères de la grande masse de la population. Le plaideur pensait aux droits de justice, aux épices, le petit marchand aux aides qui grevaient son commerce, le paysan au droit de prise, aux violences des gens de guerre, aux dévastations du gibier seigneurial. Chacun signalait le mal dont il souffrait, et aussi il proposait le remède. Les larges vues d'ensemble faisaient quelquefois défaut, et c'était souvent par le petit côté que les cahiers considéraient les choses publiques; mais ce petit côté des choses était aussi le plus ordinairement le côté éminemment utile et pratique. Le député qui portait aux États le cahier de son pays avait sa voie tracée, il ne lui était pas permis d'oublier les intérêts qu'il devait défendre, et sous prétexte de s'occuper avant tout des grands problèmes d'organisation politique ou de gouvernement, de méconnaître les réformes de détail que ses compatriotes l'avaient chargé de poursuivre, les petits abus dont il devait provoquer le redressement. Il savait que ces menues questions étaient celles qui touchaient davantage ses mandants, celles qu'il devait en leur nom aborder avant toutes autres.

Ainsi s'explique le caractère essentiellement pratique et positif de la plupart des délibérations des États, le résultat

Digitized by Google

utile, l'action habituellement efficace des États sur la législation du pays. Si vives qu'eussent été les luttes des Assemblées avec le souverain ou ses conseillers intimes, si profonds qu'eussent été les mécontentements soulevés en haut lieu par les incursions des députés dans le domaine des questions du gouvernement, la politique proprement dite restait toujours, sauf en 1356 et 1593 comme un point secondaire dans les travaux des États : elle n'y tenait point en tous cas place assez grande pour absorber tout le reste. Aussi n'était-il pas permis à la royauté de méconnaître que, à côté des vœux qui portaient atteinte à sa prérogative, il en était d'autres et les plus nombreux auxquels il lui était possible de donner satisfaction sans abandonner ses droits et dont elle avait intérêt à tenir compte. Elle pouvait, comme en 1614, fermer les portes de la salle des séances, suspendre les réunions, clore les sessions; elle n'en subissait pas moins l'influence des idées, des réclamations pratiques formulées par les députés, et c'est ainsi que les Assemblées d'États, en s'occupant des détails, en ne se laissant point distraire des petits intérêts, ont réussi à servir efficacement la cause du progrès en France.

M. Picot fait avec beaucoup de raison, aux dernières pages de son livre qu'il faut relire et méditer, remarquer que l'impatience politique est de toutes les erreurs la plus grave et la plus ordinaire de nos jours. L'histoire de nos vieux États généraux devrait cependant nous prémunir contre elle. Sans pouvoir direct, sans force pour faire exécuter leurs vœux, réduits à ne rien obtenir que du bon vouloir d'une royauté peu soucieuse de laisser les délégués des trois ordres prendre grande place dans le gouvernement de l'État, jalouse de ses prérogatives et mal disposée par ceux qui voulaient la restreindre, convoqués quand il plaisait au roi et congédiés quand leurs vœux devenaient trop pressants ou leur indépendance trop rétive, ils n'en ont pas moins réussi à force de persistance, de dévouement au pays, à exercer sur le gouvernement et la législation du pays une influence profonde.

« Il n'y a de puissant en ce monde, dit en terminant M. Pi-
« cot, il n'y a de puissant en ce monde que les forces qui se
« composent de petites forces accumulées. De même dans
« l'histoire des peuples, il n'y a d'irrésistible que les prin-

Digitized by Google

« cipes composés d'une multitude d'idées successives qui « ont pénétré une à une dans le cerveau des hommes. Les « institutions ne s'établissent pas en un jour : comme les vieux « chênes de nos forêts pour s'attacher au sol, elles ont besoin « de profondes racines. Ne nous laissons pas enivrer par « de folles illusions ! Substituons à nos impatiences fébriles « une ferme confiance en des destinées meilleures !....»

Telle est la conclusion du livre. Puissent les sentiments exprimés par M. Picot trouver de l'écho en France.

GABRIEL DEBACQ.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

1537 — Paris. — Imprimerie CUSSET et Cᵉ, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De Jurisprudence civile.

Par M. Ph. Jalabert, doyen de la Faculté de droit de Nancy.

1. Demande en déclaration de non-existence d'un mariage pour cause d'identité de sexe entre les prétendus époux.

2. Demande en nullité d'un mariage pour cause d'erreur dans la personne de l'un des époux dont l'impuissance résulte d'une conformation vicieuse ou d'un accident antérieur à la célébration.

Les questions que soulèvent ces demandes ont rarement été portées devant les tribunaux depuis la promulgation du Code civil; par une coïncidence singulière, elles se sont présentées, en 1872, devant la Cour de Montpellier et devant la chambre des requêtes de la Cour de cassation. La première a été résolue en principe[1], la seconde a été déférée à la chambre civile par un arrêt d'admission[2]. Trop graves pour être passées sous silence, malgré la nature et les difficultés du sujet, elles s'imposent à l'examen des jurisconsultes comme à celui des médecins légistes. Vainement on tenterait de les éluder par une fausse délicatesse et sous prétexte « qu'il est « à peine possible de traiter ces matières, même dans un « ouvrage scientifique[3]. » Il ne sert de rien de taire ce dont les législateurs et les magistrats ont le devoir de s'occuper; les cas dont on voudrait ignorer l'existence sont d'ailleurs moins rares qu'on ne croit, les recueils des observations médicales en font foi. Non-seulement ce serait un procédé peu scientifique, mais il y aurait là un mépris systématique pour les douleurs morales que certaines situations peuvent comporter. La justice ne doit s'arrêter que devant les mystères qu'il est impossible de pénétrer ou devant les dangers qu'offriraient certaines recherches au point de vue de l'ordre public et des bonnes mœurs. L'appréciation de ces impossibilités ou de ces dangers doit être raisonnée, s'appuyer sur le dernier état de la science et sur la connaissance des vraies

[1] Montpellier, 8 mai 1872 (*Droit* du 15 mai 1872).
[2] Cass., ch. des req., 23 décembre 1872 (*Droit* des 23-24 décembre 1872).
[3] Laurent, *Principes du droit civil*, t. II, n° 298, p. 396.

Digitized by Google

conditions de l'ordre public et de la morale sociale telles qu'elles sont comprises par la loi. Du reste, ce qui peut rassurer ceux qui ne reculent pas devant ces études, c'est le but juridique qu'ils poursuivent; tout dépend en effet de l'esprit qu'on y apporte; le point de vue austère auquel a dû se placer le législateur est celui de l'interprète, et la moralité de la pensée se communique d'elle-même à l'expression fidèle qui la traduit.

I

Que la différence des sexes soit une condition d'existence du mariage, c'est ce qui est évident de soi; toutes les définitions de l'union conjugale l'expriment et toutes les dispositions de la loi la supposent. Entre deux individus du même sexe, il n'y a qu'un simulacre de mariage; aucune action en nullité n'est nécessaire, aucune prescription ne peut être invoquée; à toute époque la preuve peut être apportée par les intéressés. Les tribunaux n'ont qu'à constater le fait, ils n'annulent pas ce qui était simplement vicieux, c'est-à-dire une union qui subsisterait et produirait ses effets sans cette annulation; ils proclament l'inexistence de l'union naturelle et civile qu'avait cru prononcer le ministre de la loi et de laquelle n'a jamais pu résulter aucun effet.

Mais la question ne se présente pas toujours dans des termes aussi simples; en écartant le cas extraordinaire dont on m'a cité un exemple, celui d'un homme qu'on avait fait passer pour fille et qui s'était marié comme telle pour échapper, sous le premier Empire, à la loi du recrutement, et d'autres aussi exceptionnels où la fraude pourrait avoir été commise par les prétendus époux en vue de quelque intérêt, l'existence du mariage ne peut guère être contestée qu'autant qu'il s'est rencontré deux personnes de bonne foi, croyant chacune s'unir à une personne d'un sexe différent du sien, mais dont l'une, trompée par de fausses apparences, s'est méprise sur son véritable sexe [1].

De telles méprises ne sont pas impossibles; il y a des bizarreries, des anomalies, des monstruosités de conformation qui peuvent faire illusion non-seulement aux parents d'un

[1] Voir l'exemple cité dans la *Gazette des Tribunaux* du 12 janvier 1835.

Digitized by Google

enfant, à la personne elle-même, mais encore aux gens de l'art[1]. La science n'a, à la vérité, jamais reconnu l'existence d'hermaphrodites parfaits ayant effectivement les deux sexes avec les deux facultés qui les caractérisent, et tous les récits qui s'y rapportent ont été relégués depuis longtemps dans le domaine des fables. Mais des observations assez nombreuses ont constaté des apparences marquées du sexe féminin chez des individus dont l'organisation interne était celle du sexe masculin[2]. L'arrêt dans le développement régulier avait eu lieu pendant la vie intra-utérine et les organes essentiels, plus ou moins bien constitués, avaient été retenus dans les anneaux ou étaient restés cachés dans les cavités de l'abdomen. Sans entrer dans une discussion qui exigerait des connaissances anatomiques et physiologiques approfondies, je crois pouvoir dire qu'aujourd'hui le critérium pour distinguer les deux sexes consiste dans l'existence de l'organe destiné à renfermer les éléments de reproduction (glandes séminales chez l'un, ovaires chez l'autre). Il est fondé sur ce qu'il est à peine deux ou trois cas authentiques où l'on ait rencontré la réunion de ces deux organes essentiels, plus ou moins rudimentaires, chez le même sujet[3]. Des

[1] Ainsi l'état civil d'un enfant inscrit comme appartenant au sexe féminin sur l'avis du professeur Velpeau a été rectifié après examen du professeur Tardieu (*Annales d'Hygiène publique et de médecine légale*, 2e série, t. 38, 2e partie, p. 385).

[2] Mémoire du professeur Tardieu sur la question médico-légale d'identité de sexe (*Annales, loc. cit.*, p. 391, 400, 406, 407; — Thèse du concours d'agrégation du docteur Lefort citée dans le précédent mémoire; — *Manuel de médecine légale* de Briand et Chaudé, p. 108.

[3] L'un des médecins les plus éminents, Haller, déclarait qu'il ne connaissait que deux cas bien avérés dans lesquels la coexistence des deux organes essentiels eût pû être constatée, mais avec une telle imperfection des organes accessoires que toute paternité et toute maternité étaient évidemment impossibles (*Manuel de médecine légale* de Briand et Chaudé, p. 107, note, et p. 109). M. le docteur Heppner, de Saint-Pétersbourg, prétend que la dissection d'un enfant de sept semaines longtemps conservé dans l'alcool, lui a fait découvrir un troisième cas (*Gazette médicale de Paris*, 1872, p. 290); mais les recherches microscopiques qu'il rapporte inspirent des doutes à M. Tardieu (mémoire précité, p. 392). Les médecins légistes sont du reste d'avis que si, par impossible, la prédominance d'un sexe sur l'autre ne pouvait être constatée, ces êtres exceptionnels devraient être considérés comme appartenant au sexe masculin (*Manuel de médecine légale*, p. 109;—Tardieu, mémoire précité, p. 164).

Digitized by Google

conformations tératologiques, des lacunes dans les appareils accessoires, des apparences qui rappellent l'autre sexe ne peuvent prévaloir contre cette constatation décisive; il est des cas heureusement fort rares où la difficulté d'appréciation est presque insurmontable pendant la vie, et où la dissection, après la mort, peut seule conduire à la certitude [1].

Les données de la science confirment donc la division absolue des personnes en deux genres, admise par les législateurs anciens et modernes.

On sait, en effet, quelle était la décision des jurisconsultes romains à l'égard des individus ayant quelques apparences des deux sexes; ils les rangeaient dans le sexe qui paraissait chez eux prédominant. *Quæritur hermaphroditum cui comparamus? et magis puto ejus sexus æstimandum qui in eo prævalet* (Ulpien, L. 10, *De statu hominum*, I, 5). — *Hermaphroditum an ad testamentum adhiberi possit qualitas sexûs incalescentis ostendit* (Paul, L 15, § 1, *De testibus*, XXII, 5). — *Hermaphroditus planè, si in eo virilia prævalebunt, posthumum heredem instituere poterit* (Ulpien, L. 6, § 2, *De liberis et posth.*, XXVIII, 2).

L'ancienne jurisprudence française avait adopté la règle du droit romain. Ceux qui sont ainsi conformés, dit Denisart (v° Hermaphrodite), sont réputés être du sexe qui prévaut en eux et il ne leur est pas permis de préférer l'autre; les peines les plus sévères étaient prononcées contre ceux qui enfreignaient cette dernière prohibition.

De nos jours, le Code bavarois et le Code prussien se sont occupés de la même classe de personnes.

Les hermaphrodites, d'après le Code bavarois, sont rattachés au sexe qui domine en eux d'après l'avis des hommes compétents; s'il y a égalité, ils doivent eux-mêmes choisir leur sexe, mais ne plus s'en écarter sous peine de faux, *sub pœna falsi* (*Landrecht*, L. 1, C. 3, § 2).

Le Code prussien renferme des dispositions plus précises encore dans l'*Allgemeine Landrecht*, L. 1, tit. 1. Nous nous bornons à donner la traduction des textes.

[1] Tardieu, mémoire précité, p. 159 et 160.

Digitized by Google

« § 19. S'il naît un hermaphrodite, ses parents décident dans quel sexe il doit être élevé.

« § 20. A dix-huit ans cette personne a le choix libre de son sexe.

« § 21. Ses droits sont réglés d'après ce choix.

« § 22. Les tiers dont les intérêts sont lésés par ce choix ont le droit de réclamer une expertise.

« § 23. L'avis des experts est décisif, même contre le choix de la personne ou de ses parents. »

Les lois françaises ne contiennent aucune règle de cette nature : au point de vue de l'état civil, toute personne doit être rangée dans l'un ou l'autre sexe (arg. de l'art. 57 du C. civ.). S'il y avait doute pour les déclarants ou pour le médecin appelé par la famille, l'officier de l'état civil ne pouvant prendre sur lui de trancher une question médico-légale, devrait recourir à des experts et mentionner dans l'acte le résultat de l'expertise.

Si postérieurement les intéressés prétendent qu'il y a eu erreur dans le sexe indiqué à l'officier de l'état civil par les déclarants ou par les experts, la voie d'une action en rectification de l'acte de naissance leur est ouverte. Cette action s'introduit, suivant les cas, par requête adressée au président du tribunal ou par assignation des parties intéressées, conformément aux articles 855 et suivants du Code de procédure. L'opinion de la personne du sexe de laquelle il s'agit et celle de ses parents doivent être évidemment prises en grande considération. C'est dans ce sens que je m'explique le passage d'une lettre du Ministre de la justice en date du 10 aout 1816 que cite M. de Laugardière dans son *Guide de l'officier de l'état civil*. Consulté sur la rectification demandée de l'acte de naissance d'un enfant qui avait été inscrit comme étant du sexe féminin et qui semblait appartenir à l'autre sexe, le Garde des sceaux répondit : « Les erreurs de la na-« ture, rares heureusement, ne doivent pas être trop appro-« fondies lorsqu'elles se présentent ; c'est aux individus « qu'elles concernent ou à leurs parents à choisir le sexe « qui paraît leur convenir. » Mais si le ministère public doit voir là le conseil de ne pas provoquer des vérifications intempestives, il n'en conserve pas moins le droit et le devoir de conclure en sens contraire toutes les fois que la demande

Digitized by Google

lui paraît suspecte ou qu'elle s'appuie sur des allégations contradictoires ou dénuées de vraisemblance. De son côté le tribunal, s'il ne se trouve pas suffisamment éclairé par les attestations des parents ou de la personne dont le sexe est en cause, peut incontestablement recourir aux lumières de docteurs en médecine. Conformément au droit commun, il n'est pas lié par les conclusions des experts (art. 323 C. pr. civ.), il apprécie les résultats des vérifications scientifiques et prononce souverainement suivant sa conviction que les interrogatoires, les témoignages, les présomptions de la cause ont pu concourir à former. D'après les principes qui régissent la chose jugée, le jugement ou l'arrêt qui ordonne la rectification ne peut être opposé aux parties qui ne l'ont pas requis ou qui n'y ont pas été appelées (art. 100 du C. civ.); mais la mention en est faite en marge de l'acte réformé et les extraits délivrés devront désormais contenir la rectification (avis du Conseil d'État du 23 février 1808).

Jusqu'ici nous avons supposé que la rectification était demandée par la personne elle-même dont l'état civil est prétendu inexact, ou par des parents ayant un intérêt moral légitime, ou par les tiers qui peuvent invoquer un intérêt pécuniaire. Mais le ministère public ne peut-il agir d'office quand l'ordre public est intéressé? La question générale a été l'objet d'une vive controverse, nous ne pourrions l'examiner ici sans nous éloigner du sujet principal de cette étude; mais nous n'hésitons pas, pour notre part, à la résoudre affirmativement, même en dehors de l'article 46 de la loi du 10 avril 1810, en présence de l'avis du Conseil d'État du 12 brumaire an XI[1]. Cet avis décisif a du reste été confirmé par un avis du même Conseil du 28 frimaire an XII (non inséré, il est vrai, au *Bulletin des lois*), rappelé par une circulaire du grand juge, en date du 22 brumaire an XIV, et appliqué par l'article 122 du décret du 18 juin 1811 sur le tarif des frais en matière criminelle et de police. Il paraît certain que le ministère public a toujours été admis sans contestation, même avant la loi de 1810, et sans qu'il existât un texte spécial, à poursuivre, en vue de l'exécution de la loi sur le recrutement de l'armée, la rectification de l'acte de naissance d'une per-

[1] Cass., ch. civ., 22 janvier 1862 (Devil. et Car., 1862, 1, 300.)

Digitized by Google

sonne du sexe masculin, inscrite sur les registres de l'état civil comme appartenant à l'autre sexe[1]. Le même droit doit lui être reconnu dans tous les autres cas où l'ordre public est directement en jeu. On ne saurait contester, par exemple, que le port habituel de vêtements d'un autre sexe ne puisse avoir de graves dangers pour les mœurs s'il se produit dans des établissements réunissant des adultes d'un même sexe dans un but d'instruction, de travail ou de bienfaisance. En pareille occurrence, comment dénier au ministère public l'action tendant au rétablissement du véritable état civil? D'autres circonstances pourraient se produire dans lesquelles les motifs les plus puissants exigeraient l'application de la règle.

Toutes les fois que le tribunal, saisi d'une demande en rectification d'acte de l'état civil, ordonne l'inspection corporelle, l'examen médico-légal par des docteurs chargés de l'expertise, une grave question peut s'élever si la personne dont il s'agit de vérifier le sexe refuse de se soumettre aux investigations jugées indispensables. La difficulté ne saurait se présenter dans le cas où cette personne a agi par elle-même et dans celui où ses parents ont agi par voie de requête ; il y aura alors acceptation de l'expertise ou renonciation à la demande. Mais quand la rectification de l'acte de naissance est poursuivie par le ministère public ou par des tiers, le refus de se soumettre à l'expertise venant à se produire, on se demande si le tribunal a le droit de prescrire des mesures coercitives, de recourir en dernière analyse à la force publique.

Pour repousser l'emploi de la contrainte on invoque la liberté individuelle, la dignité et la pudeur qui se trouveraient atteintes au plus haut degré par une exécution brutale contraire aux bonnes mœurs et qui révolterait la conscience publique. En matière civile, les visites corporelles sont déclarées arbitraires, illégales par beaucoup de jurisconsultes[2]; l'un d'eux, à propos d'une question analogue que nous aurons à traiter plus tard, s'écrie : « Des gendarmes fesant vio-« lence à une femme pour la forcer à se laisser visiter par

[1] Arrêt précité et rapport de M. le conseiller Laborie, *loc. cit.*, p. 276 *in fine*.

[2] Bonnier, *Des preuves*, 3e édit., t. I, n° 110, p. 327, note.

Digitized by Google

« des hommes de l'art! Nous croyions que la torture était « abolie [1]. »

Il faut s'entendre pourtant; en matière criminelle on ne conteste pas la légalité de pareilles vérifications, l'opinion publique ne proteste pas. « L'inviolabilité de la personne, dit « M. Ortolan, souffre des restrictions dans les visites corpo- « relles qui sont indispensables en certains crimes, comme « en cas de blessures, d'avortement, d'infanticide, de viol ou « attentat à la pudeur; visites dans lesquelles le droit de « l'instruction préparatoire est poussé jusqu'aux dernières « limites qu'il puisse atteindre, non-seulement sur la per- « sonne soupçonnée, mais souvent sur celle même qui a été « victime du délit [2]. » La victime innocente du délit peut donc être contrainte par la force à subir des constatations sur sa personne, et cela même quand elle n'aurait pas porté plainte et dénoncé le coupable à la justice. Mais c'est qu'alors, dit-on, la liberté individuelle doit céder devant l'intérêt suprême de la répression.

On convient ainsi que l'ordre public peut autoriser l'emploi de la contrainte quand il s'agit des matières pénales; mais pourquoi cette distinction si tranchée entre ces matières et les matières civiles? Elle ne résulte directement d'aucun texte. N'est-ce pas en vertu de considérations d'intérêt social que la loi sur le recrutement établit l'inspection corporelle des appelés en présence du conseil de révision? Et dans les divers cas que nous avons cités où le ministère public peut poursuivre d'office la rectification des actes de l'état civil, comment douter que son action fondée sur l'ordre public ne puisse triompher de résistances intéressées? Si l'on est forcé de reconnaître son droit d'agir, on ne saurait logiquement exclure d'une manière absolue l'emploi des moyens indispensables pour arriver à la découverte de la vérité.

De deux choses l'une :—ou la loi s'est réservé exclusivement l'appréciation des cas où l'ordre public exige ce sacrifice de la liberté individuelle, et alors qu'on nous montre cette loi et qu'on demande à la Cour de cassation d'annuler les juge-

[1] Laurent, *Principes du droit civil*, t. II, n° 298, p. 397.
[2] Ortolan, *Éléments de droit pénal*, 3e édit., n° 1822, p. 872.

Digitized by Google

ments pour sa violation; — ou que l'on reconnaisse que le législateur s'en est remis au tribunaux, le ministère public entendu, pour déterminer jusqu'où peuvent aller les exigences de l'ordre public dans une matière aussi délicate, et alors leur décision doit être souveraine; elle ne pourrait être cassée qu'autant que la question soulevée serait jugée par la Cour suprême appartenir principalement à l'ordre privé [1].

Les questions d'état ayant toujours été considérées comme étant d'ordre public au premier chef, il en résulte que des moyens de preuves reconnus légitimes en d'autres circonstances, peuvent être ordonnés par les juges. S'il n'y a pas délit, dans le sens précis de la loi pénale, à vouloir s'attribuer un sexe qui n'est pas le sien, il y a cependant là une prétention contraire à la morale, à l'honnêteté publique, à la volonté du législateur, et le refus réitéré qu'opposerait une personne à l'expertise est illégitime et ne saurait prévaloir contre les ordres de la justice représentant les intérêts sociaux les plus élevés. Nous ne pouvons admettre, en principe, qu'il y ait là un droit absolu à empêcher la découverte de la vérité. Il est par trop évident que les tribunaux de première instance et les Cours d'appel ne recourront à cette mesure extrême qu'après avoir épuisé tous les autres modes d'information, enquêtes, interrogatoires sur faits et articles, et en s'appuyant sur des indices et des présomptions graves. Ils agiront avec la même réserve qu'ils s'imposent en matière d'instruction criminelle, prescriront « l'emploi de « moyens intermédiaires dont la décence fait une loi, et « pousseront aussi loin que possible le respect et les ménage- « ments dus aux susceptibilités légitimes [2] ».

Ce qui se produira presque toujours c'est que la personne de l'état civil de laquelle il s'agit, cédant à des conseils amis,

[1] « Sans doute, disait M. le procureur général Dupin dans des conclu- « sions à la Cour de cassation, ces mots : *ordre public, intérêt public,* sont « fort élastiques et susceptibles de recevoir des applications très-variées. « Mais ici, comme dans l'interprétation de toutes les lois, il faut bien se « confier à la sagesse des tribunaux. » Et à propos des *lois intéressant l'ordre public,* il ajoutait : « C'est une véritable qualification de droit qui, « jusque devant la Cour de cassation, recevra son exacte définition selon la « nature des affaires, et sera renfermée dans les limites raisonnables d'une « juste et saine application. » (Dev.-Car., 1862, 1, p. 297.)

[2] Ortolan, *Éléments de droit pénal, loc. cit.*

Digitized by Google

à des interventions respectables, sentira qu'il y a pour elle un devoir, une obligation morale d'obéir à la justice de son pays, de ne pas paraître vouloir s'attribuer un état contraire à la réalité lorsqu'elle porte en elle-même la preuve irréfragable de son droit à le conserver. Quelles que soient les conclusions de l'expertise, elles ne lui seront pas plus pénibles que les inductions tirées de son refus par la malignité publique. Si toutes ces considérations sont sans influence, elle pourra être impressionnée par la seule crainte d'une exécution forcée, et trouvera une excuse à ses propres yeux et aux yeux de l'opinion dans la nécessité qu'elle subit, dans ce qu'elle appellera une violence morale.

Mais enfin qu'arrivera-t-il si, par une exception bien rare, la personne dont il s'agit se dérobe, en fin de compte, à l'expertise, se cache ou passe à l'étranger? Eh bien, les juges ne tiendront pas, par cela seul, les allégations du demandeur comme avérées; ils tireront de cette résistance insurmontable tel argument que de raison, suivant les conditions morales dans lesquelles elle a lieu, suivant les circonstances de la cause. Après les délais convenables il faudra bien prononcer; s'il y a doute absolu, lorsque tous les moyens auront été épuisés pour découvrir la vérité, les magistrats s'arrêteront devant l'impossible et maintiendront l'état civil préexistant.

Ces recherches préliminaires sur les questions que le sexe peut soulever en matière d'état civil nous ont paru indispensables avant d'aborder la question d'inexistence de mariage pour cause d'identité de sexe, car si les règles que nous avons essayé de préciser sur les demandes en rectification des actes de naissance sont exactes, elles devront s'appliquer dans les instances qui vont nous occuper, et dans lesquelles l'état civil d'un époux est mis en cause.

Jusqu'ici, à notre connaissance, si l'identité de sexe de deux époux a été quelquefois alléguée dans les plaidoiries, sans conclusions formelles, à l'appui de demandes en nullité de mariage pour cause d'impuissance, comme cela a eu lieu devant la Cour de Riom en 1828 et devant celle de Besançon en 1840, l'action directe tendant à faire reconnaître l'inexistence du mariage entre personnes prétendues du même sexe n'a été portée que devant le Parlement de Paris en 1765,

Digitized by Google

devant le tribunal de la Seine en 1834, devant un tribunal ecclésiastique allemand de 1850 à 1856 avant de l'être devant le tribunal d'Alais et les Cours de Nîmes et de Montpellier en 1869 et en 1872. Deux fois l'identité a été reconnue, une fois elle a été repoussée; dans l'affaire aujourd'hui pendante devant le tribunal d'Alais un jugement interlocutoire maintenu par la Cour d'appel de Montpellier ordonne l'expertise.

La première affaire de cette nature est mentionnée dans les anciens recueils de doctrine et de jurisprudence [1]. Anne Grandjean, dont la naissance eut lieu à Grenoble en 1732, avait reçu le baptême en qualité de fille; après l'âge de quatorze ans elle prit, de l'avis de son confesseur, les vêtements d'homme, et plus tard son père, en l'émancipant, lui donna le prénom de Jean-Baptiste. Ce nouvel état civil notoirement établi, Grandjean contracta mariage en 1761, dans le cours de sa vingt-neuvième année, avec Françoise Lambert. Des doutes s'étant répandus sur son véritable sexe, le substitut du procureur général à Lyon porta plainte; une enquête s'ouvrit, une expertise fut ordonnée, et les chirurgiens, après avoir constaté dans leur procès-verbal de graves anomalies de conformation, déclarèrent qu'il y avait chez la personne soumise à leur examen prédominance du sexe féminin. Une sentence intervint qui condamna Grandjean, comme profanateur du sacrement du mariage, au carcan, au fouet et au bannissement. L'appel ayant été interjeté devant le Parlement de Paris, Me Vermeil publia un remarquable mémoire dans lequel il faisait ressortir avec une grande force la bonne foi de l'accusée, et demandait la réformation de la condamnation. Cette défense eut un plein et entier succès; par arrêt de la Tournelle rendu au rapport de M. de Glatigny le jeudi 10 janvier 1765, la sentence de Lyon fut infirmée quant aux peines prononcées; quant au mariage, il fut déclaré nul et abusif avec injonction à Anne Grandjean de reprendre les habits de femme et défense de contracter aucun mariage.

Dans cette cause Grandjean était sous le coup d'une poursuite criminelle et entre les mains de la justice, la vérification ordonnée ne rencontra aucune résistance. Il serait inté-

[1] Denisart, *Collection des décisions nouvelles*, v° HERMAPHRODITE. — La même affaire est rapportée par Merlin, *Rép.*, *eod. verbo*.

Digitized by Google

ressant de connaître l'opinion des médecins légistes les plus éminents de notre temps sur les éléments fournis par le procès-verbal détaillé des chirurgiens-experts relaté dans le mémoire de M. Vermeil. Nous avons comparé les données de cette expertise avec celles d'un certain nombre d'observations rapportées dans les ouvrages les plus récents de médecine légale, et, malgré notre incompétence, nous ne pouvons nous empêcher de croire qu'en présence de ce document, la science actuelle conclurait en sens contraire, c'est-à-dire reconnaîtrait la prédominance du sexe masculin. Il y a, en effet, une analogie frappante entre la conformation de Grandjean et celle de la personne dont le docteur Chenest a donné la description[1], et qui, à la suite des souffrances morales que lui causait sa situation ambiguë, a terminé sa vie par le suicide[2]. Ajoutons, du reste, que les conclusions des chirurgiens eussent-elles été opposées, le mariage n'en eût pas moins été cassé pour cause d'impuissance, conformément aux règles de l'ancien droit, avec défense de contracter une nouvelle union.

La seconde affaire du même genre s'est présentée à Paris en 1834. La dame L., mariée le 27 janvier 1822 au sieur B., forma en 1833 une demande tendant à faire déclarer l'inexistence de son mariage par suite d'identité de sexe; elle soutenait que le sieur B. appartenait en réalité au sexe féminin. Un jugement interlocutoire fut rendu le 18 avril 1834 par le tribunal de la Seine ordonnant la preuve tant par titres que par témoins des faits allégués, et, s'il y avait lieu, la visite de la défenderesse[3]. Le docteur Dubois, ancien doyen de la Faculté de médecine, chargé de l'expertise, déclara dans son rapport que le sieur B., malgré les vices les plus graves de conformation, devait cependant être considéré comme étant du sexe masculin. Ces conclusions furent adoptées par le tribunal qui rendit le 17 décembre 1834 un jugement dans lequel on lit ce qui suit : « Attendu qu'il résulte du rapport du « docteur Dubois que B. est réellement du sexe masculin;... « — Attendu que le sexe étant aujourd'hui certain, les dé- « fauts de conformation, quels qu'ils soient, ne peuvent faire

[1] *Annales d'hygiène publique et de médecine légale*, 2e série, t. XIV, 1860, p. 206.

[2] Tardieu, mémoire précité, p. 408.

[3] *Gazette des Tribunaux* du 26 avril 1834.

Digitized by Google

« prononcer la nullité du mariage ; — Attendu que cette doc-
« trine est conforme à l'esprit du Code civil qui a voulu pré-
« venir pour toujours les scandales auxquels ont donné lieu,
« sous l'ancienne législation, les procès fondés sur l'impuis-
« sance des époux ; — Le tribunal déclare la dame B. mal
« fondée dans sa demande, et l'en déboute[1]. » Le second considérant nous paraît irréprochable, mais la doctrine générale et absolue du troisième est, à notre avis, très-contestable, comme nous nous proposons de le démontrer dans la seconde partie de ce travail.

La question d'identité de sexe entre personnes mariées s'est produite une autre fois en Allemagne de 1850 à 1856 dans les termes les plus précis[2]. Un veuf de quarante-sept ans, père de quatre enfants, avait épousé en 1847 Madeleine G., âgée de trente-sept ans; ayant cru reconnaître en elle les apparences du sexe masculin, il s'en était bientôt séparé. Au bout de trois ans il se pourvoit devant le tribunal ecclésiastique compétent pour faire déclarer son mariage inexistant. Par décision interlocutoire des gens de l'art sont consultés sur les questions suivantes : *An G. vere sit hermaphrodita? — An sexus virilis in eâ sit prævalens? — An ad usum matrimonii cum viro sit impotens? — An hæc impotentia antecesserit matrimonium et insuper sit perpetua?* En présence des conclusions opposées des premiers experts, l'ordinaire épiscopal commet, pour procéder à un nouvel examen, un médecin légiste en renom, le docteur Tourtual, assisté d'un de ses collègues. Il résulte de leur rapport qu'après des vérifications approfondies, ils ont constaté chez la personne qui s'était mariée avec l'état civil d'une femme et qui présentait des apparences de nature à faire illusion, une prédominance très-prononcée du sexe masculin[3]. Le tribunal a proclamé l'inexistence du mariage et a déclaré le demandeur libre de se marier.

Enfin, il y a trois ans, en 1869, une affaire de cette nature

[1] *Gazette des Tribunaux* du 19 décembre 1834.

[2] Je dois la communication des faits de cette cause singulière à l'obligeance du savant professeur de médecine légale à la Faculté de Nancy, M. le docteur Tourdes.

[3] Tourtual, *Casper's vierteljahrsschrift für gerichtliche und œffentliche Medizin*, Berlin, 1856, juli 10, S. 18. — *Jahresbericht de Canstatt*, 1856, p. 22. — Wald, *Gerichtliche Medizin*, Leipsick, 1858, t. II, p. 92.

Digitized by Google

a été soumise au tribunal d'Alais. Le 20 décembre 1866, le sieur D., âgé de vingt-trois ans, avait épousé une personne de vingt-cinq ans, J. J., inscrite comme fille sur les registres de l'état civil. Moins de deux ans après, le 12 décembre 1868, un acte notarié est rédigé pour constater la restitution d'une partie des constitutions dotales et les accords des deux époux en vue d'une séparation de fait fondée sur les défauts de conformation de la femme. En mars 1869, le sieur D. assigna la nommée J. J. devant le tribunal d'Alais pour voir déclarer non existant leur mariage; il se fonda sur ce que la prétendue épouse n'avait aucun des organes constitutifs du sexe féminin et appartenait en réalité au même sexe que lui; il conclut subsidiairement à une enquête devant établir les faits qu'il articulait et, s'il y avait lieu, à une expertise. Une fin de non-recevoir tirée de la prescription de six mois établie en matière d'erreur sur la personne par l'article 181 du Code civil fût opposée par la défenderesse, mais elle devait être et elle fut, en effet, repoussée par le jugement rendu le 29 avril 1869 qui proclama les vrais principes de la matière en ces termes :

« *Attendu que D. n'attaque pas l'acte civil de son mariage, parce qu'il y aurait eu erreur dans la personne physique de celle à laquelle il avait voulu s'unir, mais qu'il demande formellement au tribunal de reconnaître et de déclarer que ledit acte n'a jamais existé comme mariage, par suite d'un vice radical qui l'a infecté* AB INITIO; *que les dispositions invoquées des articles* 180, *dernier paragraphe, et* 181 *du Code Napoléon sont dès lors inapplicables dans l'espèce, et qu'ainsi ladite exception doit être simplement rejetée comme irrecevable et mal fondée* [1]. »

Sur le fond, le tribunal ordonne l'expertise et la preuve par témoins des articulations du demandeur; les motifs du jugement interlocutoire méritent d'être rapportés dans leurs passages essentiels :

« *Attendu*, dit le tribunal, *qu'il est articulé par D. que la partie... avec laquelle il a contracté mariage... ne possède aucun des organes distinctifs de la femme;.....*

« *Attendu que le mérite réel de ladite articulation ne peut être exactement apprécié qu'au moyen surtout d'une expertise préalable, et que, quelque répugnance que l'on puisse éprouver à re-*

[1] Journal *le Droit* du 15 mai 1872.

Digitized by Google

courir à l'emploi de cette mesure d'instruction, il y a toutefois lieu de l'ordonner, alors qu'à la différence de la vérification, toujours conjecturale, de l'impuissance naturelle alléguée de l'un des époux à raison d'un simple vice de conformation dans certains de ses organes, le résultat de ladite mesure, dans l'espèce, devra nécessairement aboutir à la démonstration certaine du fait purement matériel à vérifier, si la partie défenderesse est ou n'est pas privée de tous les organes naturels distinctifs de la femme, les uns externes et apparents et les autres internes, il est vrai, mais dont l'existence ou la non-existence, pour les gens de l'art, sera non moins facile à constater. »

Le dispositif nous paraît concilier de la manière la plus heureuse les exigences de l'ordre public avec les convenances et les égards dus aux personnes.

Le tribunal, sur les conclusions du ministère public, « *jugeant en premier ressort, avant dire droit au fond, tous droits moyens et exceptions des parties tenant et réservés, commet la demoiselle Anne Puéjac, sage-femme en chef de la maternité de Montpellier, à l'effet de voir et de visiter ladite partie de Mᵉ Villaret et de rapporter : si elle est naturellement privée, ou ne l'est pas, de tous les organes naturels constitutifs du sexe féminin;..... ordonne que ladite demoiselle sera assistée du docteur Fabre, d'Alais, chargé spécialement de se concerter préalablement avec elle sur la manière dont ladite vérification devra être faite; de recueillir ensuite lui-même, dans un appartement séparé de celui où il y sera procédé, le résultat de l'examen et des constatations dudit expert, et de rapporter à son tour, eu égard à ce même résultat, si, d'après sa propre opinion, ladite partie défenderesse est ou n'est pas réellement privée matériellement de tous lesdits organes naturels constitutifs du sexe féminin.* »

Appel fut interjeté de ce jugement devant la Cour de Nîmes qui, après avoir rendu un premier arrêt par défaut le 16 août 1869, en rendit un autre, chambres réunies, le 20 novembre de la même année, statuant sur l'opposition. Dans l'intervalle, le 5 novembre, l'appelante s'était soumise à l'examen d'un médecin de son choix, le docteur Carcassonne, et elle produisait un certificat qui, après avoir constaté des apparences du sexe féminin, signalait l'absence d'organes accessoires et concluait en ces termes : « *Rien ne rappelle le sexe masculin, ni aucun de ses attributs.* »

Digitized by Google

La Cour, préjugeant le résultat de l'enquête et de l'expertise, déclarait : 1° que la preuve offerte n'était ni pertinente ni concluante, qu'elle ne pourrait établir tout au plus qu'une conformation vicieuse; 2° opposait à D. une fin de non-recevoir tirée de l'acte du 12 décembre 1868, et 3° « *attendu* que « les documents versés au procès et spécialement le certificat « du docteur Carcassonne ne permettaient pas de douter que « l'appelante ne fût réellement une femme, » réformait le jugement attaqué.

Un pourvoi en cassation fut formé contre cet arrêt : parmi les moyens qui furent développés à l'appui, il en était qui ne pouvaient réussir. La Cour était, en effet, souveraine pour rejeter une preuve comme n'étant, à ses yeux, ni pertinente ni concluante; d'autre part, l'admission d'une fin de non-recevoir tirée de la prétendue reconnaissance de la validité du mariage, quelque contraire qu'elle fût aux principes en matière d'état, n'aurait pu donner lieu à cassation qu'autant qu'elle eût été l'unique motif de l'arrêt. Il n'y avait pas non plus absence de motifs de la décision péremptoire rendue sur le sexe de J. J., car la Cour s'était évidemment fondée sur les faits relatés dans le certificat du docteur Carcassonne. Mais on pouvait soutenir sérieusement, à notre avis, que, tout en respectant la constatation souveraine des faits matériels, les inductions qui en avaient été tirées et, par suite, la qualification de femme donnée à l'appelante n'échappaient pas au contrôle de la Cour de cassation.

L'état civil des personnes ne saurait varier arbitrairement suivant les appréciations plus ou moins exactes d'un tribunal sur les conditions qui le constituent. Il y a un ensemble de droits, de facultés et d'obligations qui caractérisent chaque sexe et, en employant ces mots : *l'homme*, *la femme*, le législateur a attaché à ces qualifications un sens précis et juridique; de ce qu'il n'en a pas donné une définition, il ne s'ensuit pas qu'il soit loisible à chaque tribunal de les interpréter à son gré, il doit y avoir des règles fixes fondées sur la nature des choses, la raison, la science. Si l'on soutient le contraire, il faut aller jusqu'à dire que la Cour suprême n'a pas le droit d'apprécier un arrêt prononçant sur la viabilité d'un enfant contrairement aux constatations matérielles sur lesquelles il se fonde, ou s'attachant exclusivement pour la distinction

Digitized by Google

des sexes aux organes externes sans tenir compte des organes internes, ou rangeant une personne dans le genre neutre des hermaphrodites. Et il en résultera que cette Cour, ayant le pouvoir de casser des décisions judiciaires qui ont faussement qualifié d'acte à titre onéreux une donation[1],— ou de droit non litigieux un droit litigieux[2],— ou d'obligation précise une offre vague[3],— ou d'état habituel d'imbécillité un état qui n'était pas habituel[4], devra, quand il s'agira du sexe des personnes, s'incliner devant des inductions erronées tirées de faits constants qu'elle jugerait décisifs en sens contraire. C'est là ce qu'il nous est impossible d'admettre; dans l'espèce la Cour de Nîmes constatait en fait, avec le docteur Carcassonne, que quelques organes accessoires et externes du sexe féminin existaient chez l'appelante, et que d'autres externes et internes faisaient défaut; sur ce point elle statuait souverainement; mais quant aux conclusions très-contestables qu'elle en tirait, quant aux qualifications juridiques qu'elle en faisait résulter, ses appréciations restaient soumises au contrôle de la Cour de cassation.

Admis par la chambre des requêtes le 14 juin 1870, le pourvoi fut soumis à la chambre civile qui, *sans qu'il fût besoin de statuer* sur les autres moyens, cassa l'arrêt attaqué en se fondant sur une nullité de forme tirée de ce que la décision sur l'opposition contre l'arrêt de défaut prononcé par la première chambre ne pouvait être régulièrement rendue par les chambres réunies de la Cour de Nîmes.

La questions de l'identité de sexe et celle du maintien ou de la réformation du jugement d'Alais revinrent devant la Cour d'appel de Montpellier saisie par l'arrêt de renvoi. Là le sieur D. produisit deux consultations savantes, l'une du professeur Tardieu, de la Faculté de médecine de Paris ; l'autre du professeur Courty, de la Faculté de Montpellier. La première se terminait ainsi : « Entre elle (l'appelante) et M. D., « il existe non-seulement impossibilité de rapports, mais « identité de sexe. » Les dernières conclusions du docteur

[1] Cass., 5 mai 1835 (Larochefoucauld); S.-V., 35, 1, 466.
[2] Cass., 13 février 1852 (Fournier); S.-V., 32, 1, 681.
[3] Cass., 20 avril 1832 (Craniès); S.-V., 32, 1, 644.
[4] Cass. rej., 6 déc. 1831 (Plœuc); S.-V., 32, 1, 210.

Digitized by Google

Courty étaient celles-ci : « 5° On peut supposer légitimement « que chez cette personne, malgré des apparences extérieures « incomplètes de sexualité féminine, il existe à l'intérieur des « organes masculins plus ou moins rudimentaires ; — 6° on « peut affirmer pour le moins que chez elle les organes consti- « tutifs du sexe féminin, dont l'existence est indispensable « pour caractériser la femme, font entièrement défaut ou « sont à peine rudimentaires, et ne peuvent accomplir au- « cune fonction ; — 7° la personne en question doit donc être « rangée dans la catégorie de ces sujets tératologiques qui « n'ont, à proprement parler, point de sexe, et qui ne peu- « vent, par conséquent, être unis par le mariage à aucun « individu normalement organisé, quelque soit le sexe de ce « dernier [1]. »

De son côté, la partie appelante invoquait l'opinion du docteur Carcassonne et celle du docteur Gallard qui, étudiant les éléments du certificat produit, croyaient pouvoir se prononcer, malgré les lacunes et les vices de conformation, pour la sexualité féminine [2].

La Cour de Montpellier, par arrêt des chambres réunies, rendu le 8 mai 1872 sur les conclusions conformes de M. le premier avocat général, M. de la Baume, a maintenu le jugement attaqué. Voici les principaux considérants de cette remarquable décision :

« Sur les conclusions principales : *adoptant les motifs des « premiers juges, et attendu que la question du litige n'est point « dans un vice de conformation, mais dans l'absence complète « des organes qui caractérisent le sexe de la femme ;*

« *Attendu que le mariage étant l'union de l'homme et de la « femme, il ne saurait être valable s'il était démontré que la per- « sonne considérée comme femme au moment de la célébration ne « l'était point ;*

« Sur les conclusions subsidiaires : *attendu que la vérifica- « tion ordonnée par les premiers juges présente toutes les garan- « ties désirables, et qu'il n'y a pas lieu de la confier à des experts « autres que ceux qui ont été désignés ;*

[1] Mémoire du docteur Tardieu sur la question médico-légale d'identité *Annales d'hygiène publique et de médecine légale*, 2e série, t. XXXVIII, juillet 1872, p. 146 à 169 ; octobre 1872, p. 384 à 408.

[2] *Union médicale*, 3e série, t. XIII, 1872, p. 375.

Digitized by Google

« *Attendu que la Cour ne saurait non plus prévoir une viola-*
« *tion manifeste de la loi et une désobéissance calculée à l'autorité*
« *de ses arrêts;*

« Attendu que la Cour doit d'autant moins la prévoir que
« déjà J. J... s'est soumise à la visite du docteur Carcassonne
« dont elle invoque le certificat. »

Nous jugeons inutile de citer un des motifs de l'arrêt se rapportant aux conclusions principales, qui résout une question médico-légale en s'attachant à l'organe de la gestation comme criterium du sexe féminin [1]; il semble résulter des leçons des docteurs Richet et Gallard sur l'absence de cet organe [2], et de l'opinion la plus accréditée parmi les médecins légistes qu'il existe un autre signe distinctif que nous avons déjà mentionné, et qui ne fait jamais défaut.

Mais nous signalerons, en terminant, les deux questions qui subsistent, l'une relative aux motifs juridiques d'une déclaration d'inexistence de mariage dans les espèces que nous avons citées, l'autre touchant la légalité de l'interlocutoire prescrivant une expertise de la nature de celle dont il s'agit.

La première question est médicale et juridique à la fois : suffit-il, pour pouvoir proclamer le mariage inexistant, de constater l'absence des organes du sexe auquel l'un des époux prétend appartenir, ou est-il absolument nécessaire de déclarer qu'il y a identité de sexe entre les mariés? Le sieur D., tout en soutenant l'identité, affirmait *tout au moins* l'absence de tout organe constitutif du sexe féminin chez la défenderesse. Le tribunal d'Alais a semblé penser, dans un de ses considérants, qu'il n'était pas indispensable pour l'inexistence du mariage que la prétendue femme fût formellement rangée dans l'autre sexe. « *Attendu*, dit le jugement, *qu'il* (*le mariage*)
« *est essentiellement vicié dans son principe lorsque les con-*
« *joints apparents sont du même sexe*, OU QUE L'UN D'EUX MAN-
« QUE ABSOLUMENT DES ORGANES NATURELS CONSTITUTIFS DU

[1] M. le professeur Canty, dans une lettre datée du 29 décembre 1872, adressée à l'avocat du même docteur, semble approuver le criterium indiqué par la Cour (Documents à consulter dans la demande en nullité de mariage du docteur Montpellier, Boehm. 1873).

[2] Leçon de clinique médicale de M. le docteur Richet; *Union médicale*, 1872, p. 2 et 13; — article de M. le docteur Gallard, *Union médicale*, 1872, p. 337 et 373.

Digitized by Google

« SEXE, MÊME DIFFÉRENT DE CELUI DE L'AUTRE AUQUEL, IL PRÉ-« TEND APPARTENIR. » M. le professeur Courty, dans la dernière conclusion que nous avons citée, semble entrer dans cette voie.

Nous croyons cependant que la déclaration du sexe autre que celui donné par l'état civil est absolument nécessaire pour que le mariage soit reconnu inexistant, que la différence des sexes étant de l'essence du mariage et le genre neutre étant exclu, l'identité seule peut justifier la demande, et qu'en conséquence le tribunal ne peut se borner à constater que la partie défenderesse ne possède pas quelques organes du sexe féminin, il faut encore qu'il reconnaisse l'existence au moins interne des organes du sexe masculin. En d'autres termes, l'état civil ne peut être négatif, ce n'est pas par un argument *a contrario* qu'il peut être rectifié, il faut une affirmation positive et catégorique en sens contraire.

Je doute, du reste, que les médecins légistes puissent se prononcer sur la sexualité masculine par voie d'induction et uniquement parce qu'ils n'auraient pas constaté l'existence des organes internes de l'autre sexe; les suppositions et les conjectures ne suffisent pas, et, s'il se rencontre des cas dans lesquels cette constatation ne peut être faite pendant la vie, il faudra bien se résoudre à s'abstenir. Sur ce point la Cour de Montpellier nous paraît avoir énoncé les vrais principes.

La seconde question, celle de la légalité de l'expertise ordonnée en pareille matière, a déjà été traitée par nous à l'occasion de la rectification des erreurs de sexe dans les actes de l'état civil; plus nous y réfléchissons, plus notre conviction s'affermit. Dans l'espèce, la décision du tribunal, maintenue par la Cour, nous paraît rendue dans les conditions les plus favorables. L'enquête a révélé, en effet, que la défenderesse s'était soumise de son plein gré, en 1865, à la visite d'une sage-femme qu'elle avait appelée, et, après cette vérification et celle du docteur Carcassonne provoquée par sa famille, sa résistance à l'expertise confiée à la sage-femme en chef de la maternité de Montpellier se présente dépourvue de toute circonstance atténuante et comme une désobéissance calculée aux ordres de la justice. Ce refus absolu a été constaté le 18 novembre par les deux experts qui se sont présentés suc-

Digitized by Google

cessivement au domicile du père et à la résidence actuelle de J. J... et l'ont recueilli, de sa bouche même, dans leur seconde démarche. La difficulté du choix des moyens d'exécution et de leur emploi demeure tout entière, le tribunal avisera dans sa sagesse. Avant d'en arriver à la contrainte qui pourrait, à la rigueur, être exercée par des femmes commises par le tribunal sous la direction d'officiers de la force publique qui n'assisteraient pas à l'expertise, on peut se demander si un mode indirect d'assurer l'obéissance à l'ordre du tribunal ne serait pas efficace et si une condamnation à des dommages-intérêts par chaque jour de retard ne pourrait être légalement prononcée par les juges sur la demande du sieur D. Si, dans un procès civil, une partie détenait de son propre aveu une pièce capitale, convention ou testament, devant nécessairement établir ou détruire le fondement des prétentions de l'autre, des perquisitions ne pourraient-elles être ordonnées, et, à défaut, des dommages-intérêts par chaque jour de retard ne pourraient-ils pas être prononcés ? La preuve décisive est ici au pouvoir de la défenderesse ; par sa résistance elle prive le demandeur du seul moyen qu'il ait d'établir sa prétention, moyen qui a été déclaré lui appartenir légitimement dans la cause. Sans préjuger le résultat de la vérification qui peut reconnaître dans la personne en question une femme incomplète, mais une femme, et faire proclamer l'existence du mariage, il faut toujours en revenir aux termes précis du procès tels qu'ils résultent des conclusions. Un homme marié avec l'état civil d'une femme pourrait-il, en se refusant à l'expertise, maintenir envers et contre tous, contrairement aux lois de la nature, à la morale, à la loi, aux ordres de la justice, son prétendu mariage avec un autre homme? La question est précisément de savoir si tel est le cas de la partie défenderesse, et, en présence des indices et des vraisemblances appréciées par le tribunal, elle ne peut être résolue que par l'expertise.

PH. JALABERT.

Digitized by Google

RÉFORME DU DROIT MARITIME.

DE L'ASSURANCE DU FRET, DU PROFIT ET DES LOYERS DES GENS DE MER.

Par M. DE VALROGER, avocat au conseil d'État et à la Cour de cassation.

Depuis plusieurs années, on a mis à l'étude la révision du livre II du Code de commerce, concernant le droit maritime. Rédigé à une époque où notre commerce maritime n'avait pas encore pris son nouvel essor, le Code de 1807 n'a guère fait que reproduire pour le droit maritime les dispositions de l'ordonnance de 1681 sur la marine. Cette belle ordonnance de Louis XIV où sont venus se fondre tous les anciens monuments du droit maritime pour se compléter, se corriger l'un par l'autre, réalisait assurément un grand progrès. Mais toutes ses dispositions ne sont plus en harmonie avec les besoins et les allures nouvelles du commerce maritime. En se développant, le commerce a senti, par exemple, l'utilité d'un nouveau moyen de crédit organisé chez d'autres peuples, et qui est l'hypothèque maritime; on s'est plaint aussi des charges imposées aux armateurs vis-à-vis des matelots, des entraves mises jusqu'ici à la liberté des contrats, notamment en matière d'assurance. Enfin, toutes les dispositions du Code ne sont pas bien coordonnées. Il y a des répétitions, des inutilités, et à côté des lacunes regrettables constatées par la pratique. On a fait ressortir à ces divers points de vue la supériorité de plusieurs législations étrangères. Les demandes de réforme se sont surtout produites au moment où l'Empire a voulu inaugurer la liberté commerciale par la suppression des surtaxes de pavillon. La révision du livre II a été dès lors instamment réclamée comme une compensation de la libre concurrence. En conséquence, au mois de janvier 1865, une commission spéciale nommée par le ministre du commerce fut appelée à délibérer sur les diverses réformes demandées[1]. Mais on reconnut bien vite qu'on ne pou-

[1] Elle se composait, indépendamment du ministre du commerce, président, de MM. Rouher, Bayle-Mouillard Bonjean, de Boureuille, Blanche, avocat général à la Cour de cassation; Chabrié, directeur au ministère de

Digitized by Google

vait procéder par voie de modifications partielles, et que tout s'enchaînant, il fallait en venir à une révision complète du livre II. Un avant-projet fut rédigé, qui fut ensuite soumis aux observations des chambres et des tribunaux de commerce du littoral. Sur ces observations, un nouveau projet fut préparé par la commission. Il venait d'être soumis au Conseil d'État chargé d'élaborer le projet définitif, lorsque survinrent les terribles événements qui emportèrent l'Empire et le Conseil d'État.

Il est permis d'espérer que l'œuvre si tristement interrompue ne sera pas abandonnée et qu'elle sera reprise quelque jour. Dernièrement encore, dans la récente discussion sur la marine marchande, on réclamait comme urgente la révision de notre droit maritime. C'est là assurément une œuvre digne d'occuper le nouveau Conseil d'État. Si nos temps troublés ne permettent pas de mener promptement à fin une œuvre aussi considérable que la révision complète du livre II de notre Code de commerce, au moins est-il à espérer qu'on opérera bientôt par des lois particulières les principales réformes réclamées. Déjà le 29 juillet dernier a été déposé un projet de loi dû à l'initiative parlementaire, pour établir et garantir chez nous le régime de l'hypothèque maritime.

Je me propose d'étudier prochainement ce projet, mais aujourd'hui je voudrais m'attacher spécialement aux réformes réclamées en matière d'assurance. On peut dire qu'elles sont elles-mêmes à l'ordre du jour et qu'elles ne tarderont pas non plus, suivant toute apparence, à passer dans la loi. Il est donc tout à fait opportun d'appeler dès aujourd'hui l'attention sur ce point.

D'après l'article 347 actuel, le contrat d'assurance est nul, s'il a pour objet : le fret des marchandises existant à bord du navire, le profit espéré des marchandises, les loyers des gens de mer, les sommes empruntées à la grosse, les profits maritimes des sommes prêtées à la grosse.

la marine; Chaix-d'Estange, de Courcy, directeur de la Compagnie d'assurances générales; Denière, président du tribunal de commerce; Dufour, avocat à la Cour de Paris; Duvergier, président de section au conseil d'État; Greffier, directeur au ministère de la justice; Julien, directeur du commerce intérieur; Massé, président de chambre à la Cour de Paris; Du Miral, député; Ozenne, directeur du commerce extérieur; de Vuillefroy, sénateur.

Digitized by Google

On demande aujourd'hui que toutes ces assurances soient permises, sauf celle des sommes *empruntées* à la grosse, qui ne sont pas en effet susceptibles d'assurance puisqu'elles ne sont pas soumises aux risques de la navigation, l'emprunteur n'ayant rien à payer lorsque la chose se perd.

Le système d'assurances consacré par l'ordonnance et par le Code n'a pour but que de placer l'assuré dans la situation où il était au départ. On ne lui permet pas de se faire garantir les avantages de l'heureuse arrivée afin qu'il ait toujours intérêt à la conservation du navire. Dans cet esprit de défiance, l'ordonnance était allée jusqu'à obliger l'assuré à conserver à ses risques un dixième des effets assurés. Le Code n'a pas maintenu cette dernière disposition. Mais en somme il est resté fidèle au système de l'ordonnance en prohibant l'assurance du profit et du fret, malgré les réclamations qui s'étaient produites dès cette époque de la part de plusieurs tribunaux de commerce.

Convient-il de renfermer l'assurance dans des bornes aussi étroites? Le contrat d'assurance n'est sans doute qu'un contrat d'indemnité. Mais n'est-ce pas un principe de notre droit que l'indemnité, pour être complète, doit comprendre outre la perte qu'on éprouve le gain dont on est privé (1149 C. civ.)? L'assurance ne doit pas être par elle-même pour l'assuré une source de gain. Soit. Mais pourquoi ne garantirait-elle pas les résultats de l'heureuse arrivée? L'assuré n'aura pas alors un intérêt sérieux à la perte, et l'on n'aura pas à craindre des abus qu'on peut d'ailleurs toujours réprimer. Quand une raison impérieuse d'ordre public ne s'y oppose pas, le mieux est toujours, et surtout en matière commerciale, de laisser aux parties la liberté de leurs conventions.

L'assurance du profit et du fret est permise en Angleterre, aux États-Unis, en Hollande, en Allemagne, chez toutes les nations les plus commerçantes. Qu'est-il résulté pour nous des prohibitions du Code? C'est que le commerce français est allé se faire assurer à l'étranger ou qu'il a cherché en France à éluder la loi, soit directement en faisant assurer le fret et le profit par des polices d'honneur, soit indirectement par une surévaluation du navire ou de la marchandise. Pour les marchandises une surévaluation de 10 p. 100 est constamment admise dans la pratique.

Digitized by Google

On ne pourrait donc qu'applaudir à une disposition qui permettrait l'assurance du fret, du profit, même des loyers, quoique ce dernier point fasse plus de difficulté.

Le projet que nous a laissé l'Empire admet toutes ces assurances. Mais suffit-il, comme l'a fait le projet, de déclarer ces assurances permises? Ne fallait-il pas indiquer encore dans quelles limites elles devraient être pratiquées pour ne pas dégénérer en abus, sur quelles bases elles devraient être réglées? Il y a bien des dispositions complémentaires qui paraissent nécessaires, il y en a d'autres qu'il faudrait changer. Le projet de l'Empire, qui a cependant la prétention d'être une œuvre complète, présente sous ce rapport des lacunes regrettables. M. Desprez, directeur du comptoir maritime, dans une étude succincte mais fort judicieuse qu'il a publiée en 1867 sur le projet de la commission, a relevé plusieurs de ces lacunes. D'autres ont été indiquées par les chambres de commerce, particulièrement par celle de Marseille. Pourquoi ne pas nous inspirer aussi de ce que nous trouvons chez nos voisins? Le Code hollandais, le Code allemand, qui ont reconnu et réglé l'assurance du profit et du fret, nous offrent bien des exemples dont nous pourrions profiter. C'est à l'aide de ces divers documents que je voudrais esquisser les traits principaux de ces nouvelles assurances, en circonscrire les limites nécessaires, signaler les principales difficultés dont devra se préoccuper le législateur et la solution qu'il conviendrait de leur donner.

Nous allons ainsi passer successivement en revue l'assurance du fret, celle du profit espéré sur les marchandises, celle du profit maritime et enfin celle des loyers des gens de mer.

§ 1. — *Assurance du fret.*

I. *Limites de cette assurance.* — En permettant l'assurance du fret, le projet a omis d'indiquer les conditions dans lesquelles seules cette assurance doit être permise pour ne pas dégénérer en abus. Il est évident que l'assurance du fret brut ne saurait être cumulée avec les autres assurances que peut faire aujourd'hui l'armateur. Que représente le fret? Il représente les frais d'armement, la nourriture et les gages de l'équipage, l'usure et l'entretien du navire, en un mot toutes les charges

Digitized by Google

du voyage, plus un certain bénéfice. Or, l'armateur peut dès aujourd'hui assurer la valeur de son navire au départ, il peut assurer les frais d'armement et victuailles, en un mot toutes ses mises dehors. Si d'autre part, il pouvait faire assurer le fret brut, il est évident qu'il ferait assurer deux fois les mêmes choses et qu'il aurait intérêt à la perte, ce qui est contraire aux principes de l'assurance et à l'ordre public. Prenons des chiffres pour rendre l'exemple saisissant. Je suppose un navire valant au départ 50,000 francs, des frais d'armement de 10,000 francs et un fret de 30,000 francs.

Si l'armateur pouvait faire assurer une somme totale de 90,000 francs, il recevrait en cas de perte une somme supérieure à ce que lui aurait laissé l'heureuse arrivée, puisqu'il n'aurait plus retrouvé ses frais d'armement consommés par le voyage, et que le navire lui-même, à la suite du voyage, aurait éprouvé un certain dépérissement et une diminution de valeur.

Il est à remarquar que l'article 351 du projet, énumérant les choses qui peuvent être assurées et parmi elles le fret, ne parle que du navire sans mentionner l'armement et les victuailles comme le fait l'article 334 du Code de commerce. Les rédacteurs du projet paraissent donc avoir reconnu que l'assurance du fret rendrait désormais inutile celle des frais d'armement. Il n'est pas cependant question d'interdire cette assurance. L'article 351 du projet dit lui-même dans sa disposition finale qu'on peut faire assurer toutes choses appréciables à prix d'argent. Donc nul doute que les parties resteraient libres d'assurer avec le navire les frais d'armement. Rien de mieux; on doit respecter leur liberté, mais il ne faut pas alors que cette assurance puisse se cumuler avec celle du fret brut. L'assurance du fret a pour but de placer l'assuré dans la situation où il eût été en cas d'heureuse arrivée. On ne doit pas aller au delà. Voilà le principe dont il faut se pénétrer, les parties restant d'ailleurs maîtresses de combiner leurs assurances comme elles le voudront, pourvu que cette combinaison ne puisse jamais leur donner plus que l'heureuse arrivée.

Si donc les parties ont assuré avec le navire les frais d'armement, elles ne pourront plus assurer que le fret net, le bénéfice qui doit revenir à l'armateur déduction faite de

Digitized by Google

toutes dépenses du voyage, de toutes charges, car le bénéfice est alors la seule chose qui n'était pas comprise dans l'autre assurance. L'armateur doit pouvoir d'avance évaluer le fret net. On estime en général qu'il représente la moitié du fret brut. Les auteurs du projet paraissent eux-mêmes s'être inspirés de cette idée, comme je l'expliquerai plus loin, en ne faisant contribuer que la moitié du fret aux avaries grosses. On pourrait donc admettre avec l'assurance du navire et des frais d'armement, l'assurance de la moitié du fret brut.

Supposons au contraire une assurance du fret brut. Il est évident qu'on ne pourra en même temps assurer les frais d'armement qui sont destinés à être compensés par le fret. Que si, antérieurement, on les avait assurés, on devrait les déduire sur le fret.

Le Code allemand porte expressément que les frais d'équipement, les loyers et les frais d'assurance ne peuvent être assurés avec le navire, conjointement ou séparément, qu'autant qu'ils n'ont pas déjà été assurés par l'assurance du fret brut (art. 800).

Si l'on adopte l'assurance du fret, il serait peut-être nécessaire d'insérer une disposition analogue. Cette disposition serait d'autant plus utile que dans la pratique et d'après une clause expresse des polices, l'assurance du navire comprend toujours les frais d'armement.

Avec l'assurance du fret brut, le Code allemand paraît permettre l'assurance du navire d'après sa valeur *au départ* (art. 799). C'est là, je crois, une erreur. Si l'assurance des frais d'armement ne peut se cumuler avec celle du fret brut, parce que les frais d'armement sont compensés par le fret, il en doit être de même de l'assurance du navire au départ. L'armateur qui se fait assurer le fret brut doit tenir compte de la détérioration du navire pendant le voyage, détérioration aussi compensée par le fret. Il ne peut, en cas de perte, recevoir à la fois le fret et la valeur du navire au départ qu'il n'eût pas retrouvés en cas d'heureuse arrivée. On devra donc, dans le cas d'assurance du fret brut, n'assurer que la valeur présumée du navire lors de l'arrivée. C'est ce qui paraît toujours avoir été admis dans la théorie de l'assurance du fret. M. Caùvet qui, dans son *Traité des assurances*, a très-bien développé les principes de l'assurance du fret, propose, pour

Digitized by Google

éviter des appréciations arbitraires, de fixer par un règlement la détérioration présumée des navires à tant pour cent, suivant la nature des voyages. Il serait facile de déterminer ainsi la valeur du navire à l'arrivée. C'est cette valeur seule qu'on pourrait assurer.

En un mot, pour que l'assurance du fret ne puisse donner lieu à des abus, il me semble que deux systèmes seuls sont possibles; avec l'assurance du navire et des frais d'armement on ne peut admettre que l'assurance du fret net, soit à forfait moitié du fret brut. Avec l'assurance du fret brut, on ne peut faire assurer que la valeur du navire à l'arrivée.

II. *Règlement.* — J'ai indiqué les limites dans lesquelles devrait être circonscrite l'assurance du fret. Venons à l'application et voyons comment, en cas de perte, devra se faire le règlement en prenant pour base de l'assurance le fret brut.

Dans ses observations sur le projet, la chambre de commerce de Marseille, relativement à l'assurance du fret, s'exprime ainsi :

« Pour l'assurance sur le fret, votre commission a été d'avis qu'en cas de perte du navire le fret devrait être réglé sur le montant brut du fret justifié, déduction faite :

« 1° Des salaires de l'équipage que, par suite de la perte du navire, il n'aurait pas été tenu de payer;

« 2° Du montant des assurances qui auraient pu être effectuées sur mise hors victuailles et armement, et que l'assuré sera tenu de déclarer;

« 3° Du montant des sommes qui auraient pu être reçues pour avances sur fret;

« 4° Du montant des billets de grosse souscrite en cours de voyage, quant à la part qui aurait dû être supportée par le fret. »

Quoique la chambre de commerce de Marseille n'ait pas expliqué sa pensée, il est facile de s'en rendre compte. On peut la traduire en ces termes généraux : On portera à l'avoir de l'assuré le fret brut, on le débitera : 1° de toutes les dépenses qui lui ont été épargnées par la perte; 2° de toutes les dépenses dont il est couvert par ailleurs ou qui ne représentent pas de sa part des déboursés.

Rien de plus juste. Ainsi, 1° en cas de perte, l'armateur est dispensé de payer les salaires de l'équipage. Les salaires de-

Digitized by Google

vaient être payés sur le fret dont ils étaient une charge. Il ne faut pas que n'ayant pas à payer ces salaires, l'armateur puisse se faire néanmoins attribuer tout le fret, car il profiterait alors de la perte, ce qui ne doit pas être. La chambre de commerce de Marseille ne parle que des salaires de l'équipage, mais il y a d'autres dépenses que la perte épargne à l'armateur ; ce sont tous les frais de navigation qu'il aurait fallu faire pour entrer au port de destination. Pour être exact, il faudrait donc également les porter au débit de l'assuré, sauf à porter d'autre part à son avoir les frais extraordinaires du rapatriement de l'équipage qui peuvent être la suite du naufrage.

2° Dans le cas où l'armateur aurait fait antérieurement assurer ses frais d'armement et de mise dehors, il est clair, comme je l'ai déjà dit plus haut, qu'on devrait les déduire du fret, puisque autrement les frais d'armement se trouveraient assurés deux fois. A ce que dit sur ce point la chambre de commerce de Marseille j'ajouterai que par la même raison il faudrait porter au débit de l'assuré la détérioration du navire pendant le voyage, si l'on avait fait assurer la valeur du navire au départ, car du moment qu'on touche le fret on bénéficierait de la perte, si l'on pouvait retrouver en sus du fret la valeur du navire au départ.

3° Lorsque des avances ont été faites sur le fret, il faut également en tenir compte à l'assureur du fret de manière que l'assuré ne reçoive jamais que la portion de fret que lui aurait fait gagner l'heureuse arrivée.

On les portera donc au debit de l'assuré sans distinguer si les avances sont ou non remboursables à l'affréteur. Lors même en effet que les avances sont remboursables, elles sont réputées avoir profité à l'assuré pour ses frais d'armement, frais compensés par le fret brut dont est crédité l'assuré.

4° La chambre de commerce de Marseille énumère en dernier lieu comme devant être porté au débit de l'assuré le montant des billets de grosse souscrits en cours de voyage quant à la part qui aurait dû être supportée par le fret.

Ceci demande explication. On peut supposer qu'il s'agit ici de billets souscrits pendant le voyage pour les vivres et gages de l'équipage, c'est-à-dire pour des dépenses qui sont des charges ordinaires du fret. Au reste, le fret pouvant être

Digitized by Google

assuré pourrait également être affecté à un emprunt à la grosse.

III. *Déclaration. — Polices d'honneur.* — Aux termes de l'article 379 du Code, l'assuré est tenu en faisant le délaissement de déclarer toutes les assurances qu'il a faites ou fait faire, soit sur le navire, soit sur les marchandises, et l'article 380 ajoute qu'en cas de déclaration frauduleuse, l'assuré est privé des effets de l'assurance.

Il faudrait, bien entendu, élargir cette disposition et obliger l'assuré à déclarer aussi les assurances faites sur le fret, les avances reçues, en un mot tout ce qui peut servir à régler la position de l'assuré vis-à-vis de l'assureur. Mais ce n'est pas tout. Il y a toujours à craindre que les parties ne voulant pas rester dans les limites de la loi, cherchent encore par des polices d'honneur à l'éluder. Pourquoi ne pas obliger les parties à déclarer aussi ces polices d'honneur ? Elles deviendraient inutiles si, sans pouvoir donner d'action contre le souscripteur, elles réduisaient d'elles-mêmes les autres assurances.

IV. *Avaries du fret.* — Ce n'est pas seulement en cas de perte du navire, quoique la chambre de Marseille ait envisagé particulièrement ce cas, que l'assurance du fret peut sortir à effet. Le fret peut être perdu en tout ou en partie. Les pertes peuvent être directes ou indirectes. On perd directement une partie du fret lorsqu'il n'est payé qu'en partie, soit qu'une partie des marchandises ait péri, soit que le voyage n'ayant pu s'accomplir en totalité par suite de l'innavigabilité du navire ou le blocus du port de destination, il n'est alloué qu'un prorata de fret. On perd indirectement une partie du fret lorsque le fret étant payé en entier, on a à supporter, par suite de fortunes de mer, des relâches, des dépenses extraordinaires pour vivres, gages de l'équipage. L'assureur du fret doit être déclaré responsable de toutes ces pertes partielles du fret, directes ou indirectes. Sous ce rapport, il serait peut-être utile, comme on l'a fait remarquer d'insérer au titre des Avaries une disposition portant que dans les règlements entre assurés et assureurs du navire et du fret, les loyers et nourriture des matelots, lorsqu'ils sont des avaries particulières, ainsi que les frais de rapatriement, sont des avaries particulières à la charge du fret.

Digitized by Google

V. *Assurance franc d'avaries.*— L'assurance du fret pourrait être faite *franc d'avaries.* On a dit que l'assureur ne serait alors responsable que dans les cas de sinistres majeurs, conformément aux principes de l'article 409. Mais il ne faut pas oublier que la loi n'a déterminé les cas de délaissement ou sinistres majeurs que par rapport au navire et aux marchandises. Elle ne l'a pas fait par rapport au fret. Il y aurait peut-être sur ce point une lacune à combler.

Je terminerai ce qui concerne l'assurance du fret par deux observations : l'une relative au délaissement, l'autre à la contribution aux avaries.

VI. *Délaissement.* — Dans notre système actuel d'assurance qui n'admet pas l'assurance du fret, le fret est délaissé aux assureurs sur corps avec le navire. Pourquoi? La meilleure raison à en donner, c'est qu'il s'agit de placer simplement l'assuré dans la situation où il était au départ, et que d'ailleurs le fret est destiné à compenser la déterioration du navire, et les dépenses de voyage dont l'assuré est indemnisé par l'assureur. Du moment que le fret peut être l'objet d'une assurance, c'est à l'assureur du fret que le fret sauvé doit être délaissé. Toutefois, il y aurait encore à voir de quelle manière a été faite l'assurance. Si l'on n'avait fait assurer que le fret net, la valeur du navire au départ et les frais d'armement ayant été assurés à part, l'assureur du navire et de l'armement aurait droit, ce me semble, à la moitié du fret comme représentant les charges du fret laissées à son compte.

VII. *Contribution aux avaries.* — D'après la loi actuelle, l'armateur ne contribue aux avaries communes, au sacrifice fait pour le salut commun que pour la moitié du navire et du fret, disposition fort critiquée, comme arbitraire et trop favorable à l'armateur. D'après le projet, l'armateur doit contribuer à l'avarie commune pour toutes les valeurs nettes qu'il retrouve à terre préservées par le sacrifice fait dans l'intérêt commun. En conséquence, on le fait contribuer, non plus seulement pour moitié du navire, mais pour tout le navire, déduction faite toutefois des avaries particulières éprouvées soit en même temps que l'avarie commune, soit depuis, et qui diminuent la valeur nette du navire pour l'armateur. Quant au fret, il contribue également pour sa valeur nette, ce que le

Digitized by Google

fret représente pour l'armateur déduction faite des charges. Comme cette valeur nette est en général estimée à la moitié du fret brut, la loi, pour éviter des complications, adopte cette base à forfait et ne fait en conséquence contribuer que la moitié du fret, le fret acquis à tout événement restant d'ailleurs, bien entendu, en dehors de la masse contribuable.

Ce système, quoiqu'il soit approuvé par la chambre de commerce de Marseille dans son rapport, me paraît prêter beaucoup à critique. Je préfère, quant à moi, celui exposé par un auteur anglais, Benecke, et qui paraît suivi en Angleterre. Dans ce système, pour reconnaître le profit tiré du sacrifice fait dans l'intérêt commun, on se place au moment de l'avarie commune, et l'on examine ce qui eût été perdu sans le sacrifice. Pour ne parler que du fret, qu'est-ce qui eût été perdu par le naufrage? Le fret entier, sous déduction des dépenses faites depuis pour la continuation du voyage et que la perte eût épargnées. On doit donc faire contribuer le fret brut sous déduction de ces dépenses. Mais on ne déduit pas les dépenses faites antérieurement pour gages et nourriture de l'équipage, dépenses qui étaient définitivement consommées et qui se retrouvent dans le fret.

Ce système est le plus rationnel et celui qui s'adapte le mieux à l'assurance du fret. La contribution du fret doit être à la charge de l'assureur du fret. Or, qu'arrive-t-il dans le système du projet lorsqu'on a fait assurer le fret brut? L'assureur qui, en cas de perte, aurait payé le fret brut sous déduction seulement des dépenses épargnées par la perte, ne contribuerait cependant à l'avarie que pour moitié du fret, c'est-à-dire dans une proportion inférieure à son intérêt. Dans le système de Benecke, au contraire, il y a parfaite harmonie entre la somme pour laquelle on fait contribuer l'assureur et celle qu'il eût payée en cas de perte.

§ 2. — *Assurance du profit espéré.*

I. Le projet permet l'assurance du profit espéré. Mais, comment l'entend-t-on? Un négociant pourra-t-il se faire assurer tout le profit qu'il lui plaîra d'imaginer? S'il en était ainsi, le contrat d'assurance ne serait plus un contrat d'in-

Digitized by Google

demnité, mais une véritable gageure dans laquelle l'assuré serait intéressé à la perte.

C'est un principe aujourd'hui constant que l'assurance du profit ne peut s'appliquer qu'au profit réel sur lequel il était permis de compter. On a quelquefois tarifé d'une manière générale le profit pouvant faire la matière d'une assurance. Ainsi l'ordonnance de Bilbao décidait pour les marchandises venant de pays éloignés qu'on pouvait assurer un profit de 25 p. 100. Mais au lieu de limiter ainsi à forfait le taux du profit, il est plus conforme à la nature du contrat d'assurance, simple contrat d'indemnité, de proportionner l'assurance au profit qui pouvait être, d'après les circonstances, réellement espéré.

On est allé jusqu'à dire, par suite, qu'ici la police devrait toujours être faite sans évaluation, l'objet de l'assurance ne pouvant être déterminé d'avance. C'est le système proposé par Benecke. Mais la pratique répugne aux assurances sans évaluation, et l'usage a prévalu d'évaluer dans la police le profit assuré, sauf à contester l'évaluation lorsqu'elle est exagérée.

Le Code hollandais porte que le profit pouvant faire la matière de l'assurance est constaté par les prix courants et à défaut par experts. La chambre de commerce de Marseille a fait remarquer que sur le prix du lieu de destination, il faut déduire le fret et les frais. Supposons une marchandise valant 75 au départ, le prix du lieu de destination est de 100, soit une différence de 25, mais le fret et les frais du voyage s'élevant à 10, leprofit est donc seulement de 15. C'est ce profit qui est couvert par l'assurance.

On s'est demandé à quelle date il faudrait prendre le cours du lieu de destination.

La raison nous dit qu'il faut prendre la date de l'arrivée présumée. Mais comment fixer cette date d'une manière certaine? Pour prévenir toute difficulté, la chambre de commerce de Marseille propose de prendre le cours du lieu de destination au *jour de l'assurance*. Mais c'est se placer à un faux point de vue, puisque l'opération commerciale ne doit pas se régler au jour de l'assurance. Si l'on ne veut rien laisser ici à l'appréciation, mieux vaudrait, comme l'avait proposé Benecke, déterminer le jour de l'arrivée présumée

Digitized by Google

à l'aide de présomptions légales. Peut-être serait-il préférable encore de s'en rapporter simplement à l'appréciation qui serait faite dans chaque affaire, suivant les circonstances.

II. D'après l'article 622 du Code hollandais, s'il est prouvé par les prix courants ou l'évaluation des experts qu'en cas d'arrivée, le gain aurait été inférieur à la somme déclarée par l'assuré dans la police, l'assureur est libéré en payant cette somme inférieure. Il ne doit rien dans le cas où les objets assurés n'auraient produit aucun profit.

Le Code hollandais, on le voit, paraît admettre l'assureur à contester l'évaluation par cela seul qu'ultérieurement l'exagération pourrait être constatée. Le Code allemand se plaçant à un autre point de vue, ne permet de critiquer l'évaluation que si elle dépasse le profit *qu'il était permis d'espérer* au moment de l'assurance d'après de saines appréciations commerciales (art. 797.)

La différence entre les deux systèmes est sensible. Supposons que par suite d'événements qu'on ne pouvait prévoir lors de l'assurance, une baisse considérable se produise au lieu de destination ; on tiendra compte de cette baisse dans le premier système, on n'en tiendra pas compte dans le second.

La disposition du Code allemand que je viens de citer ne paraît au reste s'appliquer que lorsqu'il y a eu évaluation. On a voulu respecter l'évaluation lorsqu'elle est conforme aux prévisions du contrat. Mais à défaut d'évaluation il n'y a plus de raison pour ne pas régler l'assurance uniquement d'après le prix réel du lieu de destination, à l'époque de l'arrivée présumée.

D'après le Code allemand comme d'après le Code hollandais, l'assureur n'a qu'à prouver l'exagération de la police. Il n'a pas besoin de prouver la fraude. Il en serait autrement d'après le projet de la commission. Sans s'occuper spécialement de l'assurance du profit, le projet décide en général pour toute assurance que l'évaluation fera règle sauf le cas de fraude.

On comprend le désir que peut avoir le législateur de couper court aux contestations. Mais n'est-il pas bien rigoureux pour l'assureur de l'obliger à prouver la fraude, alors qu'il ne peut presque jamais vérifier l'évaluation au moment de l'assu-

Digitized by Google

rance. N'est-ce pas le cas de dire que la fraude réside dans l'exagération même, *in re?*

III. Afin de pouvoir plus facilement contrôler l'évaluation, les assureurs ont demandé en général qu'on ne pût assurer en bloc pour une seule et même somme la chose et le profit, que le profit dût toujours être évalué séparément dans la police avec désignation des marchandises sur lesquelles il est espéré. C'est ce que porte le Code hollandais (art. 615). Pour le cas où l'on aurait assuré en bloc la chose et le profit le Code allemand dispose que le profit doit être estimé à 10 p. 100. De cette façon les assureurs sauront toujours à quoi s'en tenir.

Il va de soi que du moment qu'on admet l'assurance du profit, la marchandise ne pourra être estimée elle-même que pour sa valeur réelle, il ne pourra plus être question de cette surélévation de 10 p. 100 admise aujourd'hui dans la pratique pour remplacer l'assurance du profit. Mais M. Desprez est trop absolu lorsqu'il dit qu'on ne pourra assurer avec le profit que *le prix de facture*. Je crois qu'au prix de facture la loi devrait préférer le prix courant, car peu importe ce que l'assuré avait acheté la chose, son risque est déterminé par la valeur qu'elle avait au départ. Rien de plus facile d'ailleurs que de fausser les factures, tandis que le prix courant se révèle de lui-même.

IV. Indiquons en terminant comment se réglera l'assurance du profit. Il y a perte totale du profit toutes les fois que la marchandise n'arrive pas à destination. Mais si elle avait été vendue en cours de voyage avec un certain bénéfice, on devrait déduire ce bénéfice de la somme à payer par l'assureur (C. allem., art. 860-863). En cas d'avarie ou perte partielle, il y a perte du profit dans la même proportion que l'avarie ou la perte (C. allem. 883).

V. L'assurance du prix courant jointe à celle du profit ne suffirait pas encore pour indemniser l'expéditeur s'il ne pouvait en outre se faire couvrir des dépenses qu'il est exposé à faire en pure perte pour fret, droits d'entrée, etc. En cas de perte totale, l'expéditeur est dispensé de payer le fret : les droits d'entrée lui sont également épargnés. Il ne peut donc être question pour l'expéditeur de se faire payer alors ces dépenses. Mais en cas d'avarie, l'expéditeur est obligé de

Digitized by Google

payer le fret comme s'il n'y avait pas d'avaries ; les droits d'entrée en général sont les mêmes. L'expéditeur ne retrouvant plus dans la valeur de la marchandise la compensation de ces nouveaux déboursés, les fait en pure perte. C'est contre cette éventualité qu'il doit pouvoir se faire assurer. Recourons encore ici aux chiffres. Supposons une marchandise valant au départ 60 et 100 à l'arrivée, un fret et des frais représentant 10, de telle sorte qu'en cas d'heureuse arrivée l'expéditeur aurait eu, déduction faite du fret et des autres dépenses, un bénéfice net de 30 et en tout 90. Supposons que par suite d'avaries la marchandise ne se vende que 50 au lieu de 100, soit une détérioration de moitié. Si l'expéditeur n'a pu assurer que la valeur au départ et le profit, l'avarie étant de moitié, il recevra sur l'assurance de la marchandise 30, sur celle de profit 15, total 45. Ajoutez le prix de vente 50, l'expéditeur recevra 95, sur quoi il aura à payer 10, le fret et les dépenses étant les mêmes malgré l'avarie. Il restera donc en perte de cinq somme égale à la moitié du fret, moitié qu'il paye, en effet, en pure perte du moment qu'il n'a plus que la moitié de la chose. Supposons au contraire que l'expéditeur ait fait assurer le fret et les frais pour 10. Aux 45 que donnera l'assureur de la chose et du profit, il faudra ajouter moitié de la somme assurée sur le fret et les frais, c'est-à-dire 5, total 50, de sorte que l'assuré recevant d'autre part le prix de vente 50, a en tout 100; sur quoi payant 10 pour le fret, il sera placé exactement dans la situation de l'heureuse arrivée, 90. L'assurance du fret et des autres dépenses doit donc être permise à l'expéditeur, cette assurance ne devant, bien entendu, sortir à effet comme celle des victuailles que pour les dépenses rendues inutiles par des fortunes de mer. En cas de perte totale, on n'aurait, en général, rien à réclamer de l'assureur, puisque les dépenses sont épargnées. Le Code hollandais a reconnu et réglé ce mode d'assurance dans ses articles 613 et 614 :

613. La valeur réelle des objets assurés peut être augmentée du fret, des droits d'entrée et autres frais qui, lors de l'heureuse arrivée, doivent être nécessairement payés, pourvu qu'il en soit fait mention dans la police.

614. Si les objets assurés n'arrivent pas à bon port, l'augmentation mentionnée en l'article précédent sera sans effet,

Digitized by Google

si la perte empêchait en tout ou en partie le payement du fret, des droits d'entrée et autres frais...

C'est une question de savoir si une pareille assurance est aujourd'hui permise, la loi prenant pour base de l'assurance la valeur au départ. On admet cependant que les avances sur fret non remboursables peuvent être assurées par l'expéditeur. On ne voit pas dès lors pourquoi l'expéditeur ne pourrait pas également s'assurer contre les dépenses à faire qui doivent être pour lui inutiles. Dans tous les cas il est certain que cette assurance ne pourra souffrir aucune difficulté, du moment qu'on admettra celle du profit.

VI. Trois assurances distinctes devraient donc être permises à l'expéditeur : 1° l'assurance de la valeur au départ avec les frais de mise à bord ; 2° celle du fret et des dépenses du voyage; 3° celle du profit.

Pour remplacer ces trois assurances, on a proposé une assurance unique portant sur la valeur de la chose *au lieu de destination*. En cas de perte on paye la valeur du lieu de destination avec déduction du fret et des autres frais qui auraient grevé la marchandise. En cas d'avarie, l'assureur paye la différence entre la valeur à l'état sain et la valeur à l'état d'avaries au lieu de destination, on déduit s'il y a lieu les frais épargnés, et l'on ajoute ceux qu'ont occasionnés les fortunes de mer. Dans cette méthode d'assurance, on arrive au même résultat que par l'assurance de la valeur au départ combinés avec celles des dépenses et du profit, toutes les fois que le cours du lieu de destination est plus élevé.
et c'est l'avantage de cette assurance, la marchandise n'étant plus assurée pour la valeur au départ, lorsqu'il y a baisse au lieu de destination, cette baisse reste au compte de l'assuré. C'est évidemment beaucoup plus juste. Sous ce rapport on serait tenté de regretter que le projet, comme le Code, prenne toujours pour base de l'assurance des marchandises la valeur au départ. Au lieu de permettre en même temps l'assurance du profit, n'eût-il pas mieux valu dire simplement que la chose serait assurée d'après la valeur au lieu de destination? Il est à remarquer pourtant que ce dernier système d'assurance a plutôt été prôné par la théorie que consacré par la pratique. Pour la pratique il soulève une objection capitale, c'est qu'on ne peut fixer d'avance la valeur assurée. On ne peut

Digitized by Google

pas, en effet, deviner le cours du lieu de destination. Puis comment le fixer en cas de perte? Il faudrait toujours recourir à des appréciations plus ou moins arbitraires, et cette assurance perdrait alors son but qui est de laisser exactement au compte de l'assuré toutes les chances de baisse comme de hausse.

§ 3. — *Profit maritime.*

J'ai peu de chose à dire sur ce point. Le Code permettait déjà l'assurance du capital prêté à la grosse, mais prohibait celle du profit.

Du moment que le chargeur peut assurer le profit espéré sur ses marchandises, il va de soi que le prêteur pourra aussi faire assurer le profit des deniers par lui prêtés à la grosse. Ici le règlement ne peut souffrir aucune difficulté. Le profit n'est pas soumis aux fluctuations du marché ; il est toujours réglé d'avance. Ajoutons, comme on l'a fait remarquer, que le profit représente autre chose qu'un pur bénéfice. Il représente pour partie l'intérêt de l'argent, des droits de commission, de change, etc.

§ 4. — *Assurance des loyers des gens de mer.*

I. Il ne peut être ici question que d'une assurance à faire au profit des matelots.

D'après le Code comme d'après les principes de l'ancien droit maritime, les matelots, en cas de prise, bris et naufrage, ne peuvent se faire payer leurs loyers que sur les débris du navire et sur le fret. Ils perdent donc leurs loyers si le sauvetage ne peut les payer (art. 258 et 259). On connaît le motif de cette disposition : on a voulu intéresser les matelots à la conservation du navire. Par la même raison on ne pouvait permettre aux matelots de faire assurer leurs loyers. Aussi était-ce là une des assurances prohibées (art. 347).

De nos jours on a beaucoup critiqué ce système. On a fait remarquer que tout service mérite salaire ; que la perte du navire ne devrait pas entraîner pour les matelots la perte de tous leurs loyers ; qu'une pareille précaution n'était pas nécessaire, et qu'il était injuste au moins de ne pas payer aux matelots les services antérieurs à la perte ; qu'en Angleterre

Digitized by Google

le matelot est payé de ses loyers jusqu'au jour du naufrage, à moins qu'il soit prouvé qu'il n'a pas fait son devoir. Cédant à ces critiques, les auteurs du projet de réforme ont profondément modifié les dispositions du Code, qui ont été pourtant énergiquement défendues comme une sauvegarde nécessaire par la plupart des tribunaux et des chambres de commerce.

Rien n'est changé pour les matelots engagés à la part du profit et du fret. Il ne peuvent se partager que ce qui est réalisé. Mais l'article 258 est remplacé dans le projet par la disposition suivante : « En cas de prise, bris ou naufrage, les matelots sont payés jusqu'au jour de la cessation de leurs services, à moins qu'il ne soit prouvé qu'ils n'ont pas fait tout ce qui était en leur pouvoir pour sauver le bâtiment. Dans ce dernier cas, il appartiendra aux tribunaux de statuer sur la réduction de salaires qu'ils auront encourue. »

C'est presque la reproduction de l'article 183 du nouvel acte de navigation de la marine anglaise (*Merchant shipping act*).

II. Ceci posé, voyons à quoi pourra s'appliquer dans ce système l'assurance des loyers.

Il ne peut plus être question d'assurer les loyers correspondant à des services rendus, puisqu'ils ne sont plus exposés à être perdus en cas de naufrage, sauf dans le cas d'engagement à la part. L'assurance pour les matelots engagés au voyage ou au mois ne peut donc avoir pour but que de leur garantir les loyers qu'ils auraient gagnés par la continuation du voyage.

Les auteurs du projet ont sans doute été dominés par l'idée qu'il convenait de traiter les matelots à l'égal de l'armateur et du chargeur. L'armateur, d'après le projet, peut assurer son fret, le chargeur son profit. Ils peuvent ainsi l'un et l'autre se faire garantir les avantages de l'heureuse arrivée. Il a paru juste que les matelots eussent le même droit. La situation cependant n'est pas la même, car, vis-à-vis de l'armateur, vis-à-vis du chargeur, on retient, comme je l'ai expliqué plus haut, les dépenses qui ont été épargnées. Il n'est donc pas juste que les matelots puissent se faire allouer tous leurs salaires sans tenir aucun compte des services dont ils ont été dispensés. Ils auraient

Digitized by Google

ainsi un intérêt par trop évident à la perte. Ajoutons que la situation des matelots à bord du navire dont le sort est souvent entre leurs mains doit faire prendre des précautions particulières. C'est déjà beaucoup d'avoir réservé aux matelots leurs loyers jusqu'au jour de la cessation de leurs services. C'est trop de leur permettre d'assurer tous les loyers qu'ils auraient pu gagner. L'assurance, comme l'a très-bien fait remarquer M. Desprez, doit donc être interdite au matelot engagé au mois et au voyage, s'il ne doit plus perdre les loyers gagnés.

L'assurance ne doit être permise qu'aux matelots engagés au profit ou au fret, et seulement à proportion des services par eux rendus. Cette assurance, suivant M. Desprez, pourrait être organisée de la manière suivante. Le contrat mentionnerait le profit probable devant revenir au matelot pour tout le voyage, et en cas de sinistre, le matelot ne pourrait jamais recevoir, à titre d'indemnité, qu'une somme proportionnelle *à la distance parcourue*. Dans le cas d'engagement à la part de pêche, il vaudrait mieux, je crois, tenir compte du temps écoulé que de la distance parcourue qui importe peu. On voit en somme que l'assurance des loyers ne pourrait tout au plus être admise que dans des termes fort restreints. La plupart des chambres de commerce la repoussent d'une façon absolue, et il est à remarquer que là même où l'on admet l'assurance du fret, du profit, on n'admet pas en général l'assurance des loyers. Le Code allemand, le Code hollandais, qui admettent l'assurance du fret et du profit, prohibent l'assurance des loyers.

En résumé, nous croyons qu'on ne peut qu'applaudir à l'idée d'introduire chez nous l'assurance du fret et du profit. L'assurance des loyers souffre plus de difficulté, Elle est cependant admissible dans une certaine mesure. Mais que de lacunes à signaler dans le projet que nous avons examiné! Si le législateur n'a pas à entrer dans le détail du règlement de l'assurance, du moins lui faut-il établir les dispositions fondamentales, ces dispositions *cardinales*, suivant l'expression de Valin, qui déterminent l'esprit et la portée du contrat. Les exemples que j'ai empruntés au Code hollandais et au Code allemand montrent ce qui pourrait être fait à cet égard.

L. DE VALROGER.

Digitized by Google

DE LA CLAUSE QUI DÉNIE A L'ÉTAT LE DROIT DE RÉDUIRE UN LEGS FAIT A UN ÉTABLISSEMENT PUBLIC.

Par André Morillot, docteur en droit, licencié ès lettres, avocat à la Cour d'appel de Paris.

Une personne a fait un legs ainsi conçu : « Je lègue telle somme à tel hospice ou à telle communauté religieuse. Seulement j'entends que ce legs ne s'exécute que pour le tout. Si donc il venait à être réduit par le Conseil d'État, ma volonté est qu'en ce cas il soit destitué de tout effet, et en prévision de cette hypothèse, je substitue *Primus* à l'établissement public institué en première ligne. »

Un legs de ce genre soulève les deux questions suivantes :

1° La condition apposée au legs doit-elle ou non être annulée comme contraire à l'ordre public?

2° Quel doit être le sort de la substitution, à supposer que la condition de l'institution doive être réputée non écrite?

Nous examinerons ces deux questions successivement.

Dans un système qui n'est point le nôtre, l'État tient dans sa main le sort de toute libéralité faite à un établissement public, et il peut prendre, à l'égard de la libéralité qui lui est soumise, trois partis différents : il peut ou l'autoriser purement et simplement, ou refuser absolument de l'autoriser, ou ne l'autoriser que pour partie, la réduire. Ces facultés, qui appartiennent à l'État, sont toutes trois d'ordre public; donc toute disposition tendant à supprimer l'une d'elles doit être réputée contraire à l'ordre public, partant non écrite. Or la condition apposée aux legs dont nous nous occupons est manifestement dans ce cas, puisqu'elle tend à supprimer pour l'État le droit de réduire, en le mettant dans l'alternative d'autoriser ou de prohiber pour le tout la libéralité. Donc cette condition est contraire à l'ordre public, et doit être réputée non écrite; d'où il suit que l'État conserve la faculté de réduire, nonobstant la clause qui tendait à l'en priver.

Quant à la substitution faite pour le cas où la première libéralité ne s'exécuterait pas pour le tout, elle est nulle, comme la condition illicite apposée au legs. Car cette condi-

Digitized by Google

tion et la substitution qui la suit sont entre elles dans une union intime, indissoluble; la substitution n'est qu'une clause pénale, destinée à assurer l'exécution de la condition illicite; elle n'en est que la continuation et le prolongement, ou, pour mieux dire, la sanction; il est donc naturel qu'elle en partage le sort. Ainsi la portion retranchée du legs n'adviendra point au substitué, mais bien aux héritiers *ab intestat*, exhérédés formellement et à deux reprises par le testateur. Dans ce système, il n'y a pas, à proprement parler, deux dispositions, dont l'une est faite pour le cas où l'autre ne s'exécuterait point, mais une disposition unique, affectée d'une condition, simple en apparence, complexe en réalité, contraire à l'ordre public et partant nulle en chacune de ses parties.

Telle est, réduite à sa plus simple expression, l'argumentation d'un système, qui compte MM. Meaume et Lefèvre au nombre de ses principaux défenseurs, et qui paraît adopté par le Conseil d'État.

Cette théorie pose en principe que la condition est nulle comme contraire à l'ordre public, et il en tire cette conséquence, que la réduction profite, non pas au substitué, mais aux héritiers *ab intestat*, non réservataires, exclus par le testateur.

C'est là une argumentation que je ne puis admettre, ni dans le principe, que je ne crois point exact, ni dans les conséquences, qui devraient, selon nous, être repoussées, le principe d'où elles découlent fût-il reconnu juste.

Le système adverse suppose essentiellement que l'État est légalement investi du droit de réduction. Or je le conteste, et je nie qu'aujourd'hui, d'après le Code civil ou aucune loi postérieure, l'État puisse réduire une libéralité faite à un établissement public. Il est évident que s'il en est ainsi, la clause qui dénie à l'État un droit qu'il n'a point est parfaitement valable.

Je remarque tout d'abord que ce droit ne résulte d'aucun texte du Code. L'article 910, siége de notre matière, n'y fait aucune allusion. Il édicte simplement que les dons et legs faits aux établissements publics ne pourront avoir effet qu'autant qu'ils auront été autorisés par une ordonnance royale. Il donne donc à l'État le droit d'autorisation pure et simple, sans parler du droit de réduction. Cela étant, comme ce

Digitized by Google

article est le seul relatif à la matière, comme d'ailleurs la faculté de réduire est exorbitante du droit commun, et ne doit point se suppléer en l'absence d'un texte formel, c'est aux adversaires qu'il incombe d'établir que le droit de réduction existe. Le fardeau de la preuve et les périls de l'offensive sont ainsi mis à leur charge.

Ils invoquent d'abord l'article 910, et raisonnent comme il suit : le droit de réduction est implicitement contenu dans cet article ; en effet, puisque ce texte confère à l'État le droit d'autoriser pour le tout la libéralité, il lui confère *à fortiori* celui de la réduire, c'est-à-dire de l'autoriser pour partie, en vertu de l'axiome *qui peut le plus peut le moins.*

Je ne crois point l'argument exact : la maxime qu'on invoque est fausse, s'il s'agit de l'entendre avec quelque généralité, et il n'est pas vrai que celui qui peut le plus puisse toujours le moins. Cela n'est vrai ni dans la littérature ni dans l'art, où nous voyons que des auteurs et des artistes, capables d'inspirations grandioses et de conceptions sublimes, sont incapables d'œuvres estimables, sainement conçues, sérieusement méditées et honnêtement écrites, à tel point que l'alliance du vulgaire bon sens et du génie semble un rêve impossible à réaliser. Cette maxime est également fausse en morale, où nous voyons des hommes, susceptibles d'un élan généreux ou d'un acte héroïqne, ne point l'être d'une vertu modeste et d'un dévouement obscur et soutenu. Mais s'il est une science où ce principe soit faux, c'est certainement cette science périlleuse, toute de distinctions et de compromis, qu'on appelle le Droit. Il est bien des cas, en effet, où celui qui peut le plus ne peut pas le moins. Je n'en cite qu'un exemple : dans la matière des donations entre époux, l'un des époux peut donner à l'autre un quart en propriété, plus un quart en usufruit, tandis qu'il ne peut jamais lui donner en usufruit plus d'une moitié. Et cependant, une donation d'usufruit un peu supérieure à une moitié peut valoir moins qu'une donation d'un quart en propriété, plus un quart en usufruit. Voilà donc un cas où le Code a permis le plus, ne permettant pas le moins. Et quelle est la raison de cette apparente anomalie ? C'est qu'en cette matière le législateur devait redouter le moins, c'est-à-dire les donations d'usufruit, auxquelles le donateur se sent plus enclin, et n'avait pas sujet de redouter

Digitized by Google

le plus, c'est-à-dire les donations de propriété, devant lesquelles le donateur hésite souvent. Or, s'il est un cas où ce raisonnement se puisse appliquer, ce cas est précisément le nôtre. Il y avait des raisons très-sérieuses d'accorder à l'État le droit d'autoriser ou de ne pas autoriser les dispositions dont s'agit; il n'existait aucune raison plausible de lui accorder la faculté de les réduire. En effet, à quelle idée a obéi le législateur en édictant l'article 910? Au désir bien naturel de prévenir l'accumulation des biens entre les mains des établissements publics, de restreindre des libéralités exagérées, qui, mettant hors du commerce une portion chaque jour plus notable du territoire, auraient pu entraver le développement de la richesse publique, tarir la source des impôts, et créer dans la société politique une société religieuse, fortement constituée, vivant de son existence propre, qui eût pu devenir un jour la rivale de l'autre, engager avec elle le plus déplorable des conflits, et enfin peut-être l'étouffer dans un embrassement suprême. Telle est l'idée à laquelle a obéi le législateur en édictant l'article 910. Or la simple faculté concédée à l'État d'autoriser ou d'interdire la libéralité suffit parfaitement à prévenir tous les désordres qu'a redoutés le législateur. Si l'État estime la libéralité excessive, il ne l'autorisera point, et l'ordre public sera, de la sorte, pleinement sauvegardé. Si, au contraire, l'État estime que la libéralité n'est pas exagérée, il l'autorisera, et pour le tout. Cette double faculté est pleinement suffisante, et la faculté intermédiaire de réduire la donation serait pour le moins inutile. Je dis plus, elle serait nuisible. En effet, il résulte de cette nécessité où est l'État d'autoriser ou de prohiber pour le tout, que le testateur, sachant que le Conseil d'État se décidera d'après le chiffre de la libéralité, est circonspect et modéré dans la fixation de ce chiffre, redoutant que l'excès ne soit, en cette matière, une cause de prohibition absolue. Un frein puissant est de la sorte imposé aux intentions libérales souvent aveugles des disposants. Si, au contraire, l'État était investi de la faculté de réduire, aucune libéralité, même excessive, ne serait prohibée pour le tout, la réduction se substituant en fait à la prohibition. Il en résulterait que le testateur, désireux de voir sa libéralité recevoir effet dans la plus large mesure, et sûr, d'ailleurs, qu'elle serait

Digitized by Google

autorisée pour partie, en exagérerait à plaisir le chiffre, et donnerait le plus pour voir autoriser le moins. De la sorte, le Conseil d'État ne serait jamais sûr d'avoir en face de lui l'expression définitive de l'intention libérale du disposant, le tout au grand détriment du sérieux avec lequel doit s'opérer le contrôle des libéralités faites à des établissements publics.

En somme, il était nécessaire d'accorder à l'État le droit d'autoriser ou de prohiber les libéralités dont s'agit; il était au moins inutile et peut-être dangereux de lui accorder la faculté de les réduire. Rien donc d'étonnant à ce que, lui octroyant le plus, on lui ait refusé le moins. D'où il suit que le droit de réduction ne résulte aucunement de l'article 910.

Nos adversaires, se rejetant sur les travaux préparatoires, prétendent y trouver la preuve que les rédacteurs ont entendu donner à l'État le droit dont s'agit; ils en tirent que l'article 910 doit être interprété conformément à l'intention des rédacteurs, et qu'il faut y sous-entendre le droit de réduction, auquel il est fait des allusions si manifestes dans les travaux préparatoires. Les seuls mots qui puissent renfermer une allusion de ce genre sont les paroles suivantes, prononcées par M. Bigot-Préameneu : « Il faut empêcher qu'il n'y ait dans ces dispositions *un excès condamnable.* » Ces trois mots, tirés du chaos des travaux préparatoires, sont les seuls arguments de texte que nos adversaires puissent alléguer en leur faveur, et ils en tirent ce qui suit : ce que la loi redoute, et par conséquent ce que le conseil d'État doit prévenir, c'est *un excès condamnable.* Ce n'est pas la disposition en elle-même, c'est seulement l'excès qui paraît blâmable, et qui doit être retranché; d'où il suit que la faculté de réduire est indispensable pour que l'État exerce pleinement la mission que le législateur a voulu lui confier. Si en effet cette faculté lui est refusée, il sera forcé, ou d'autoriser des libéralités excessives, et l'ordre public sera compromis, ou de prohiber pour le tout des dispositions qu'il serait sage d'exécuter pour partie, et les volontés du défunt seront destituées d'effet, même en ce qu'elles ont de légitime.

Ce dilemne n'est pas de ceux qui n'offrent point d'issue. Les rédacteurs disent bien qu'ils veulent prévenir l'excès, mais ils ne disent pas comment cet inconvénient devra être

Digitized by Google

évité. Or l'annulation totale de la libéralité le prévient encore mieux que la simple réduction. Et ce sens est d'autant plus admissible, que l'excès dont parle le législateur peut fort bien être celui qui résulterait, non pas d'une seule libéralité exagérée, mais de la masse des libéralités faites aux établissements publics, quand même aucune de ces libéralités, prise isolément, ne serait excessive. Mais je suppose même que le législateur n'ait songé qu'au cas où l'excès résulterait d'une seule libéralité. Si la disposition semble excessive au Conseil d'État, il n'a qu'à ne pas l'autoriser, et l'ordre public est sauf. Quant à l'inconvénient de ne donner aucune satisfaction aux volontés du testateur, même en ce qu'elles ont de légitime, le Conseil d'État et nos adversaires seraient bien bons de s'en préoccuper, puisque l'intention formelle du *de cujus* a été, non que sa libéralité s'exécutât pour partie, mais qu'elle ne s'exécutât point du tout, si elle ne pouvait s'exécuter entièrement. Loin donc que les volontés du défunt soient par là méconnues, elles seront à la lettre exécutées; et nos adversaires peuvent être, de ce chef, libres de tout souci. Ils oublient trop qu'une donation ne saurait se concevoir, sans l'intention libérale du disposant.

Le droit de réduction ne résulte donc pas plus des travaux préparatoires que de l'article 910.

Mais le système adverse, assez mal à l'aise, il faut bien le dire, avec les textes du Code ou du projet de Code, reprend de l'assurance en considérant le droit ancien, d'où il prétend faire descendre le droit de réduction. Examinons cette prétention nouvelle, et continuons à remonter la chaîne des souvenirs historiques.

Et tout d'abord, je pourrais protester contre les résultats de l'enquête, et en dénier par avance la signification; car, quand même il serait établi que le droit de réduction a fonctionné dans l'ancien droit, il ne suivrait aucunement de là qu'il en dût être de même aujourd'hui, et qu'une faculté aussi exorbitante dût se suppléer, dans le silence du Code. Mais je renonce à opposer cette fin de non-recevoir.

D'après les adversaires, le droit de réduction a toujours existé dans l'ancienne jurisprudence, qui le considérait comme la conséquence et le complément nécessaire du droit d'autorisation. Donc le Code, s'inspirant des traditions anti-

Digitized by Google

ques, et admettant le principe, a dû admettre aussi la conséquence.

A en croire ces assertions, le droit de réduction serait de noble lignée, et fort bien apparenté avec les institutions de notre vieille France. Or il n'est rien moins que tout cela; ce n'est pas un droit authentique, ayant fièrement tenu sa place au soleil; c'est un usage bâtard, produit mixte de l'obscurité des lois et du goût qu'affectaient les Parlements pour les *arrêts de règlement*. La vérité est que ce droit n'a jamais existé à aucune époque de notre jurisprudence.

D'abord, si l'on se place avant 1749, on ne trouve aucun texte duquel on puisse inférer que ce droit existe, et d'autre part, l'état de la législation ne permet pas de croire qu'il ait pu exister à cette époque. En effet, d'après nos adversaires, c'est un correctif indispensable du droit d'autorisation. Or, jusqu'en 1749, jusqu'à l'*édit de mainmorte*, le droit d'autorisation n'a jamais fonctionné, dans le sens où nous l'entendons aujourd'hui. On ne trouve à cette époque lointaine, car il faut pour cela remonter jusqu'au XIIe siècle, que le *droit d'amortissement*. Ce moyen tout fiscal avait été introduit dans l'intérêt unique du trésor, nullement dans celui des familles ni de l'ordre social, qui, à cette époque, paraissait plutôt intéressé à l'extension de la richesse immobilière détenue par les *mainmortables*. En effet la royauté, tenue en échec par de puissants vassaux, favorisait volontiers ces legs, destinés à fortifier la puissance ecclésiastique, rivale chaque jour plus terrible de la puissance féodale; et d'autre part, ces fondations permettaient de combler les vides du trésor. Quand donc le roi, seigneur suzerain du royaume, permettait à des *mainmortables* de posséder des terres dans son fief, il *abrégeait* ou *amortissait* ce dernier, c'est-à-dire que, lors de la fondation, il percevait une fois pour toutes un *droit d'amortissement* destiné à l'indemniser de tous les *droits de lods et ventes* dont il se privait pour l'avenir, les *mainmortables* ne mourant ni n'aliénant. Régulièrement ce droit eût dû se percevoir en même temps que chaque acquisition réalisée par un établissement public. Mais en pratique, les choses ne se passaient point ainsi; une décision administrative n'était pas rendue, comme aujourd'hui, pour valider chaque acquisition. Les communautés entraient en possession des biens qui leur étaient légués,

Digitized by Google

sans être inquiétées par l'État ni par le fisc, et la recherche des *amortissements*, confiée à des *chambres d'amortissement*, n'avait lieu qu'à des époques indéterminées, par exemple lors d'une guerre, quand la pénurie du trésor se faisait plus cruellement sentir. Les *amortissements généraux* prirent ainsi la place des *amortissements singuliers*, et on perçut en bloc des sommes que l'administration financière d'alors n'avait pas su percevoir en détail. Comment d'ailleurs le pouvoir royal aurait-il examiné les circonstances de fait de chaque fondation, puisque l'institution même de corporations nombreuses passait inaperçue à travers les mouvements tumultueux des affaires publiques, et grâce à la connivence intéressée des officiers chargés de faire exécuter les ordonnances relatives à l'autorisation des communautés, comme de percevoir les *droits d'amortissement*. Un tel état de choses est incompatible avec l'idée de notre droit d'autorisation, condition préalable de l'acceptation de la libéralité; et cette perception fiscale ne saurait constituer une autorisation, même rétroactive.

Ainsi, avant 1749, le roi n'exerçait pas le droit d'autorisation. Il n'exerçait donc pas non plus le droit de réduction, qui ne saurait être que le corollaire du premier.

Est-ce à dire que ces deux droits, s'ils n'ont point été exercés directement par le roi, l'ont été par les Parlements, délégataires sur ce point de l'autorité royale? En aucune façon. D'abord il n'est pas vrai que le droit de réduction ait unanimement été consacré par la jurisprudence. Les Parlements de droit écrit ont tous et sans exception défendu le principe de la liberté testamentaire, et jamais n'ont réduit aucune disposition adressée à des établissements religieux ou laïques. Ce témoignage emprunte une grande valeur à l'unanimité des arrêts d'où il résulte. Quant aux Parlements du nord de la France, leur jurisprudence a été sur ce point, particulièrement hésitante et troublée; en somme ils étaient très-divisés sur notre question, et fort loin de présenter cette unanimité consolante, dont MM. Meaume et Lefèvre ont esquissé le décevant tableau. Les uns déniaient aux communautés la capacité de recevoir des legs universels, et annulaient ces libéralités, quand elles étaient faites à des établissements publics. Les autres leur reconnaissaient cette capacité, et validaient les dispositions dont s'agit. D'autres enfin, prenant un moyen

Digitized by Google

terme, et donnant libre carrière à leur caprice au milieu du silence des lois, réduisaient ces libéralités. Mais cette réduction, appliquée par quelques Parlements comme expédient d'équité, a toujours été restreinte aux legs universels, et ne s'est jamais étendue aux legs particuliers, ainsi qu'il résulte des témoignages de Ricard et de d'Aguesseau. Ces décisions découlaient simplement de l'absence de loi spéciale sur la capacité des *mainmortables* de recevoir des legs universels; car les legs particuliers, qui pouvaient, selon les cas, nuire plus aux héritiers qu'un legs universel, n'étaient jamais réduits. Ce droit, que s'arrogeaient les Parlements, n'était donc pas octroyé par la prérogative royale, pour protéger les familles ou l'ordre public; c'était un usage arbitraire, soumis à toutes les variations du temps, du lieu et du fait, et c'est par une illusion de l'esprit de synthèse que certains jurisconsultes modernes l'ont formulé comme s'il découlait d'un principe. Les décisions qui ont réduit des legs n'étaient pas l'application du droit préexistant de les réduire; c'est l'ensemble de ces réductions arbitraires, fondée sur une équité prétendue, et autorisée en quelque mesure par le silence des lois, qu'on a appelé *Droit de réduction.* Tantôt les Parlements considéraient les communautés comme aptes à recueillir des legs universels, mais prenant en pitié l'indigence des héritiers, faisaient à ces derniers l'aumône d'une part de la succession. Tantôt ils considéraient ces communautés comme inhabiles à recueillir des legs universels, mais, supposant que comme le défunt avait voulu donner plus, il avait *a fortiori* voulu donner moins, se substituaient à lui par hardiesse d'interprétation, et transformaient le legs universel en legs particulier. Mais les Parlements eux-mêmes, qui donnaient ces décisions, sous-entendaient l'intention libérale du testateur. Or cette intention ne peut pas être sous-entendue dans notre cas, où le *de cujus* a déclaré que, si sa libéralité ne se pouvait exécuter pour le tout, il entendait la retirer. C'est un cas que l'ancienne jurisprudence n'a jamais eu à résoudre, et je ne crains pas d'affirmer que, s'il s'était présenté, la volonté du testateur aurait fait loi. Le fondement de l'usage de réduire était trop incertain pour qu'un Parlement eût osé briser une volonté aussi légale et aussi formelle. Un tel déni de justice n'était pas à redouter. Le testateur aurait donc pu empêcher

Digitized by Google

la réduction; car celle-ci n'avait lieu que parce qu'elle obtenait, en dernière analyse, l'assentiment de tous les intéressés, et qu'on pouvait supposer que le *de cujus*, encore vivant, eût approuvé cette transaction.

En somme, avant 1749, le droit de réduction n'a jamais été exercé, ni par le roi, ni par les parlements.

Il n'a pas existé davantage après 1749, c'est-à-dire après l'*édit de mainmorte*. Et tout d'abord, ce prétendu droit, dont l'existence avait été jusque-là si précaire, n'est pas même mentionné dans l'édit; car, quant à la nécessité dont parle le préambule *de concilier l'intérêt des familles et celui des établissements charitables*, c'est un résultat qui peut être aussi bien obtenu par la faculté d'autoriser ou de prohiber la libéralité, que par celle de la réduire.

Mais il y a plus, et il est aisé d'apercevoir que, dans le système de l'édit, le droit de réduction ne pouvait trouver place. L'édit prohibait absolument tous les legs d'immeubles faits à des établissements publics, et soumettait à une autorisation expresse, formulée dans des *lettres patentes* et enregistrée par les cours souveraines, l'acquisition d'immeubles par ces mêmes communautés, à tout autre titre que celui de legs. Quant aux acquisitions de meubles, elles étaient dispensées de toute autorisation. Le législateur s'était uniquement préoccupé d'empêcher la concentration des immeubles aux mains des *mainmortables*, et nullement de protéger les familles contre les libéralités exagérées, celles-ci pouvant se faire de la manière la plus licite, pourvu qu'elles eussent pour objet des meubles. Ainsi, à la distinction précédemment établie entre le legs universel et le legs particulier, on en substitue une entre le legs d'immeubles, qu'on prohibe, et le legs de meubles, qu'on déclare absolument libre. Or ce système ne laisse point de place au droit de réduction; car, si nulle autorisation ne doit précéder les dons et les legs de meubles, la réduction qui, de l'aveu même de nos adversaires, est la conséquence du droit d'autoriser, ne saurait, quant aux legs de meubles, se concevoir. Si, d'autre part, les legs d'immeubles sont prohibés, la réduction est, quant à eux, tout aussi inapplicable. Elle ne saurait donc se concevoir que relativement aux acquisitions d'immeubles à tout autre titre que celui de legs, et même en cette limite res-

Digitized by Google

treinte, elle n'est pas édictée; d'ailleurs, le fût-elle, elle serait sans application dans notre hypothèse, où il s'agit d'un legs.

En somme, l'édit s'est montré l'adversaire des demi-mesures, et n'a jamais admis le droit de réduction.

Il est vrai que la probibition qui frappait les legs d'immeubles fut levée par la *déclaration de* 1762, interprétative de *l'édit de mainmorte*. Ces libéralités devinrent licites sous certaines restrictions, et notamment sous réserve aux héritiers du testateur du droit de retirer les immeubles donnés à des communautés, en payant l'estimation desdits immeubles. Mais la déclaration ne fait pas la moindre allusion au droit de réduire.

Ainsi nous ne trouvons point trace du droit de réduction dans l'ancienne jurisprudence, soit avant, soit après l'édit de 1749.

A-t-il fonctionné du moins dans le droit intermédiaire? En aucune façon. D'abord les lois révolutionnaires avaient mis la main sur les biens des communautés, et dispersé ou proscrit les personnes qui en faisaient partie. Les dons et legs au profit des établissements religieux n'avaient donc plus de raison d'être, puisque l'État avait pris à sa charge tous les indigents autrefois secourus par les hospices, et puisque les établissements publics n'existaient plus en dehors de l'État. Un arrêté des consuls, du 9 vendémiaire an IX, autorisa de nouveau les dons et legs aux communautés. Aussitôt ces legs devinrent innombrables, si bien qu'on fut obligé de déléguer les sous-préfets pour autoriser ceux qui ne dépassaient pas 300 francs. Or, jusqu'à l'an XI et jusqu'au Code civil, tous les legs furent autorisés sans qu'un seul ait jamais été réduit, sauf dans quelques cas où la quotité disponible était dépassée, ou par conséquent le legs était réductible d'après le droit commun.

Serait-ce enfin que des dispositions postérieures au Code auraient introduit le droit de réduction? Nullement. Ni les arrêtés du 15 brumaire et du 15 pluviôse an XII, ni les décrets du 18 germinal an X et du 12 août 1807, ni celui de 1814, non plus que la loi de 1817, ne mentionnent ce prétendu droit, et cependant, quand même il aurait existé dans l'ancienne jurisprudence, la législation intermédiaire représen-

Digitized by Google

tait une interruption des traditions assez longue pour qu'il eût été nécessaire d'y faire allusion dans le Code ou dans quelque loi postérieure.

De tout ce qui précède, je conclus que le droit de réduction n'a pas d'existence légale. Si donc le Conseil d'État l'exerce, ce ne peut être qu'à titre de simple tolérance; et il ne saurait en faire usage, nonobstant la prohibition du *de cujus*. Le disposant savait que son legs pouvait être autorisé ou prohibé pour le tout; la loi le dit. Il savait en outre que le Conseil d'État réduit fréquemment les libéralités, parce qu'en général les testateurs ne sont pas opposés à la division de leurs dispositions, et conservent l'intention de donner moins, quand leur intention de donner plus ne se peut réaliser. Quant au droit d'autoriser, il savait ne le pouvoir pas paralyser, et que ses injonctions à cet égard seraient réputées non écrites; aussi ne l'a-t-il point tenté. Mais quant à la faculté de réduire, il pouvait l'exclure, et c'est ce qu'il a fait. Sa volonté a droit d'être respectée.

Mais je vais plus loin, et je suppose que ce droit de réduction, dont j'ai démontré l'inexistence, existe. Je maintiens que, même en ce cas, la condition apposée à la libéralité devrait être réputée valable. Cependant, dit-on, si le droit de réduction existe, il est d'ordre public; donc toute clause tendant à en priver l'État est contraire à l'ordre public, partant nulle.

Il faut distinguer; oui, cette faculté est d'ordre public, à supposer qu'elle existe. Mais quel effet est-elle susceptible de produire? Un effet extinctif, et jamais un effet créateur; c'est-à-dire qu'en vertu de cette faculté, on pourra bien réduire une disposition, quand même le testateur aurait déclaré vouloir qu'elle ne fût point réduite, mais jamais la faire valoir dans un cas où le *de cujus* a déclaré vouloir qu'elle fût nulle. Cette faculté ne saurait que détruire l'intention libérale existante, et jamais suppléer cette intention éteinte. Car à quoi tend ici l'ordre public? Uniquement à ce que les communautés ne s'enrichissent pas sans le contrôle de l'État, d'où il suit que toute clause tendant à enrichir une communauté sans subir de contrôle devrait être réputée non écrite. Or le testateur a réservé le droit de l'État d'autoriser ou d'interdire la libéralité, disant que, si elle n'était point au-

Digitized by Google

torisée telle quelle, à la sanction bâtarde de la réduction, il entendait substituer celle plus énergique de la nullité. Il a donc fait par avance et bien fait l'office du Conseil d'État. Ainsi l'ordre public ne peut jamais exiger qu'un individu non-réservataire soit enrichi contre le gré du disposant. La faculté de réduire ne pourrait jamais être qu'un moyen terme, introduit dans l'intérêt des communautés. Or quand le testateur indique qu'il entend que la sanction radicale soit appliquée, et le moyen terme exclu, personne n'a droit de se plaindre, si ce n'est la communauté, et c'est affaire entre elle et la mémoire du testateur. Mais l'ordre public est sauvegardé, si bien sauvegardé que nos adversaires trouvent qu'il l'est trop.

Donc, même en supposant que le droit de réduction existe, la condition apposée au legs devra être maintenue.

Mais je concède encore que cette condition soit contraire à l'ordre public. Il est certain qu'alors elle serait nulle, et la libéralité réduite. Mais la théorie des adversaires aurait toujours le vice de faire acquérir aux héritiers *ab intestat* l'émolument de la réduction qui doit logiquement revenir, au substitué.

Nos adversaires allèguent que la substitution, étant simplement la sanction pénale de la condition illicite, doit partager le sort de cette dernière. C'est là une assertion dénuée de preuves. Rien ne prouve que la substitution ait été écrite par le testateur dans cette intention qu'on lui prête; rien ne prouve que la condition et la substitution soient entre elles dans une relation si intime, et que les deux dispositions ne soient pas unies par un simple rapport de succession, non de causalité. En effet, le testateur eût pu instituer d'abord *Primus*, qu'il a substitué, et exhéréder ainsi ses parents non réservataires. Pourquoi donc cette circonstance qu'il fait une première institution affectée d'une condition illicite, le priverait-elle du droit imprescriptible d'exhéréder ceux qu'il a droit d'exclure? Il n'y a pas à cela de motif. Le testateur a eu l'intention d'exhéréder ses héritiers du sang, et il a manifesté cette intention de deux manières, par l'institution d'abord, par la substitution ensuite. Il redoutait si fort que sa succession n'advînt à ses héritiers du sang, que se défiant de la validité de l'institution par laquelle il les

Digitized by Google

excluait, il a substitué *Primus*, pour parer à toute éventualité. Et c'est en présence d'une volonté si formelle qu'on songerait à annuler cette double exhérédation! Une telle solution équivaudrait à exiger des formes sacramentelles pour la rédaction des testaments.

Ainsi, même en admettant qu'il y ait lieu d'appliquer la réduction, l'émolument ainsi obtenu ne devrait pas advenir aux héritiers *ab intestat*, que le testateur a exclus, mais au substitué, que le testateur a voulu gratifier pour le tout, et *a fortiori* pour partie.

Que si maintenant je passe des arguments juridiques à l'examen des conséquences du système adverse, je remarque qu'il ne peut s'instituer sans violer cette règle d'interprétation, d'après laquelle une libéralité n'excédant pas le disponible est indivisible et doit être déclarée valable ou nulle pour le tout. La doctrine contraire aboutit à créer un disponible en l'absence de réservataires, disponible que le testateur ne peut jamais connaître et dont le chiffre est arbitrairement fixé *post mortem* par le Conseil d'État. En droit commun les tribunaux ne peuvent point déclarer un legs pour partie nul et pour partie valable; or, s'ils n'ont pas ce droit, l'administration doit bien moins encore l'avoir, surtout quand le testateur a exprimé que, dans sa pensée, le legs devait être indivisible.

Remarquons en outre que l'État, dans l'opinion adverse, se fait testateur, prend en main l'intérêt d'héritiers non réservataires, en sorte qu'il s'agirait ici d'une hérédité, non plus testamentaire, non plus *ab intestat*, mais *administrative*, ce qui ne répond à aucune idée connue.

Nos adversaires oublient enfin qu'en donnant leur solution, ils renversent singulièrement les rôles. Ils se présentent en effet comme les adversaires des communautés, et comme les défenseurs de l'ordre public compromis par des libéralités excessives. Et cependant ce sont eux qui prennent en main la cause des communautés, et compromettent l'ordre public, voulant à toute force gratifier ces communautés, malgré le vœu contraire du testateur. On voit par là combien fragiles sont tous ces arguments, fondés sur l'intérêt du crédit public, de la circulation des biens, de la libre production des richesses. Tous ces arguments pourraient le plus aisément du monde

Digitized by Google

être rétorqués contre les adversaires qui, défenseurs apparents des droits de l'État, arrivent au résultat contradictoire de gratifier un établissement public, dans un cas où nous-même, adversaire de l'omnipotence administrative, reconnaissons que l'établissement ne sera point gratifié. Notre système est donc aussi irréprochable dans ses conséquences que dans son principe. ANDRÉ MORILLOT.

BIBLIOGRAPHIE JURIDIQUE ITALIENNE.

Par M. Ernest DUBOIS,

Professeur à la Faculté de droit de Nancy.

III.

DROIT PUBLIC, CONSTITUTIONNEL ET ADMINISTRATIF.

Ferraris, Garelli.

26. *Le Droit constitutionnel italien*, 271 p. in-8°, 2° édit.; *le Droit administratif italien*, 369 p. in-8°, 4° édit., par M. G. E. Garelli, professeur ordinaire à l'Université de Turin; Turin, Baglione, 1872. — Ces deux ouvrages reproduisent l'enseignement donné par l'auteur; ce ne sont point des traités développés et de discussion, mais ils contiennent un exposé simple et précis des principes, avec des citations continuelles des lois où il faut aller les puiser. Ils présentent, dans un cadre facile à embrasser, l'ensemble de deux matières où, comme l'on sait, la première difficulté à vaincre est la recherche même et le rapprochement de dispositions législatives éparses.

Le droit constitutionnel fait l'objet de 35 leçons, divisées en trois parties : la première (sept leçons) est consacrée à la *théorie de la souveraineté :* notions historiques, diverses formes de gouvernement, constitution et statuts. Le fondement du droit constitutionnel italien est le Statut, donné si à propos par Charles-Albert, le 4 mars 1848, et successive-

Digitized by Google

ment étendu à toutes les parties de l'Italie. En 18 leçons, l'auteur traite, dans la seconde partie, *des Droits du Citoyen :* égalité de droit, liberté individuelle, inviolabilité du domicile, liberté religieuse, industrielle, sociale (liberté de commerce, de parole, de correspondance, de réunion et d'association, de presse, d'enseignement), liberté politique et système électoral, droit de pétition, garde nationale. — Les règles des élections politiques et celles des élections administratives diffèrent à beaucoup d'égards et sont contenues dans des textes distincts, loi électorale du 17 décembre 1860, loi communale et provinciale du 20 mars 1865. — Dans la troisième division *Pouvoirs de l'État*, il est traité, en dix leçons, des attributions du roi, du Sénat et de la chambre des députés, et de leurs rapports. L'ouvrage se termine par des considérations sur le pouvoir constituant actuel d'après l'esprit du statut italien.

Le volume consacré au droit administratif est également divisé en trois parties. La première contient les *Notions générales*. Au chapitre III, intitulé *Centralisation et décentralisation administrative*, l'auteur repousse la tutelle de l'État sur la commune dans l'intérêt de la commune elle-même et l'admet seulement dans l'intérêt général ou en cas de conflit d'intérêts locaux. La seconde partie traite de la *Hiérarchie* et des différents *corps* de l'administration, tant centrale (ministres, conseil d'état, cour des comptes) que locale (conseils provinciaux et municipaux, préfets, sous-préfets, maires, conseils de préfecture)[1]; la troisième des *Matières administratives :* sûreté publique, police sanitaire, assistance publique (œuvres de bienfaisance, œuvres pies), force publique, administration financière, instruction publique, action de l'administration en matière d'industrie et de travaux publics.

Peu volumineux, les deux livres de l'éminent professeur de

[1] Réduits à des attributions purement administratives depuis que leur compétence en matière de contentieux a été dévolue aux tribunaux de l'ordre judiciaire, les conseils de préfecture semblent à plusieurs n'avoir plus guère de raisons d'exister en Italie. Je me propose de publier prochainement une étude sur la loi italienne du 20 mars 1865 dite *abolition du contentieux administratif :* elle ne paraîtra pas sans doute hors de propos, la question étant reprise en France avec une nouvelle vigueur, et soumise, en ce moment même, à l'examen de l'Assemblée nationale.

Digitized by Google

Turin sont substantiels : ils peuvent être consultés avec intérêt et avec fruit, non-seulement par les jeunes gens, auxquels ils sont particulièrement destinés, mais encore par quiconque désire avoir quelque idée du droit public interne de l'Italie.

27. *La représentation des minorités dans le Parlement*, thèse libre de doctorat par M. C. Fr. Ferraris, jugée digne d'être imprimée, Turin, Favale, 1870, 113 p. in-8°. — Le problème dont le jeune docteur a abordé l'étude, à peine entrevu il y a quelques années, s'impose aujourd'hui non-seulement aux méditations du publiciste et de l'homme d'État, mais encore à celles de tout citoyen jaloux de son droit de voter et qui tient à en faire usage. On peut considérer le régime représentatif basé sur le système actuel des majorités comme ayant pour résultat de priver souvent de toute représentation un nombre considérable d'électeurs, par suite comme viciée dans son principe même. Il est propre à conduire selon les circonstances, et l'expérience ne l'a que trop montré, soit aux violences les plus déplorables, soit à la plus complète insouciance et au dégoût de l'électeur pour son droit de suffrage. C'est le mal auquel on se propose de remédier en organisant la représentation des minorités, ou plus exactement la représentation proportionnelle des majorités et des minorités. Conçu ou adopté par des hommes appartenant aux opinions et au pays les plus différents, ce mode de représentation, outre le terrain qu'il a gagné dans les esprits, est déjà entré partiellement dans le domaine des faits, en Angleterre, aux États-Unis, et surtout en Danemark. Ces pays sont, avec, la Suisse [1], ceux où jusqu'à présent on s'est occupé le plus efficacement de cette importante question. Il est à désirer que la France ne reste pas en dehors de ce grand mouvement, car elle a autant besoin que quelque pays que ce soit d'une réforme électorale dans le sens d'une véritable représentation.

[1] V. Ernest Navillie, *la Question électorale en Europe et en Amérique.* Genève et Bâle, Georg, 1871. L'auteur y indique (p. 80) six associations dont le but est une réforme électorale en ce sens : celle de Genève, fondée en 1865, de New-York, en 1867, de Londres et de Zurich, en 1868, de Chicago, et de Neuchatel, en 1869. J'aurais vivement désiré qu'il s'en formât une à Nancy; mais il n'est pas facile d'y réunir les éléments nécessaires.

Digitized by Google

L'Italie ne semble pas vouloir rester en arrière [1]. — La dissertation de M. Ferraris se compose de deux parties : la première est un exposé sommaire et critique des divers systèmes proposés pour obtenir la représentation proportionnelle; le jeune auteur s'y montre au courant non-seulement des plus récents écrits de ses compatriotes sur la question, mais encore des ouvrages anglais, allemands et francais. La seconde partie (p. 60-108) est consacrée à l'exposition particulière du système de l'auteur anglais Hare, qu'il considère comme le meilleur de ceux qui ont été proposés jusqu'à présent. Il conclut, avec grande raison selon moi, en faveur d'une réforme électorale basée sur le principe de la représentation proportionnelle des minorités. — M. Ferraris a publié depuis de *Nouvelles études* sur ce sujet, dans l'*Archivio giuridico*, de Bologne, octobre 1871, t. VIII, p. 3-26 : il y donne un tableau du mouvement contemporain en faveur de cette représentation.

ORGANISATION JUDICIAIRE.

Carcano, Caruso.

28. *Cassation ou Troisième Instance*, 234 p. in-8° (extrait du *Moniteur des Tribunaux*); *de la Magistrature suprême du royaume*, 178 p. in-8° (extrait de *la Perseveranza*); *la Cassation et le statut*, 70 p. in-8° (extrait du *Moniteur des Tribunaux*), par M. Giov. Carcano, avocat, Milan, 1866, 1871 et 1872. — Depuis plusieurs années l'organisation d'une magistrature suprême, placée hiérarchiquement au-dessus des Cours d'appel, est l'objet de vives discussions en Italie. Deux systèmes très-différents se partageaient la péninsule avant la constitution du nouveau royaume; celui de la cassation, or-

[1] Les lignes ci-dessus étaient écrites lorsque j'ai appris la formation à Rome d'une *Association pour l'étude de la représentation proportionnelle*. On peut voir les statuts de cette Société dans la *Revue de droit international*, Gand, 1872, t. IV, p. 355-6, ainsi que les noms des membres du comité promoteur : MM. E. Broglio, R. Bonghi, B. Cairoli, Depretis, Luzzati, P. S. Mancini, A. Messedaglia, Minghetti et Peruzzi, Ter. Mamiani, membres du Parlement, et MM. At. Brunialti, Fr. Genala et G. Padelletti, auteurs d'écrits sur la question. — Le premier bulletin de l'Association a paru en juin 1872, Rome, Civelli.

Digitized by Google

ganisé à peu près comme en France, était suivi dans les États sardes et dans le royaume des Deux-Siciles; celui de la troisième instance, en Lombardie, en Vénétie et dans les États pontificaux.

Voici très-sommairement les traits principaux de ce dernier système : il n'y a lieu à troisième instance que dans le cas où le jugement de première instance et le jugement d'appel ne sont pas conformes. Le juge de troisième instance n'intervient que pour choisir entre les deux premiers jugements, de façon à ce que les parties aient, dans tous les cas, la garantie morale de deux jugements conformes; mais il ne peut adopter un troisième moyen de résoudre la question litigieuse. L'instruction de l'affaire est limitée à la première instance; le juge d'appel ne fait que revoir le jugement de première instance, sans instruire. Le juge de troisième instance, statue lui-même et sans renvoi; il juge tant le point de fait que le point de droit. Enfin tout ce système est applicable seulement en matière civile et non en matière pénale.

Depuis 1860 la troisième instance a sans cesse perdu du terrain. Il existe actuellement quatre Cours de cassation en Italie; elles siégent à Turin, Florence, Naples et Palerme. En 1870 et en 1871 des projets de loi, tendant à établir à Rome une Cour de cassation unique, furent présentés par les gardes des sceaux, MM. Raeli et de Falco, au Sénat qui tout récemment a approuvé le dernier de ces projets, aujourd'hui soumis à la Chambre des députés.

M. Carcano, dans les trois opuscules précités, se montre l'ardent adversaire du système de la cassation. Les principaux reproches qu'il lui adresse peuvent se résumer ainsi : 1° La cassation n'est pas une institution exclusivement judiciaire, elle a un caractère politique; elle aboutit, par la confusion des deux éléments, judiciaire et politique, à des contraditions choquantes et nombreuses. 2° Elle forme obstacle à la libre expansion de l'intelligence nationale. 3° Elle est impuissante à atteindre le but qu'on lui assigne, savoir l'uniformité de la jurisprudence. 4° Elle repose sur la séparation du fait et du droit, séparation impossible en matière civile, et que l'on peut admettre seulement en matière pénale comme conséquence nécessaire du jugement par jurés.

Digitized by Google

5° Il est faux de dire qu'elle existe en Prusse et en Amérique, la magistrature suprême dans ces pays ne procédant ni par renvoi, ni par distinction du droit et du fait. 6° Enfin elle est inconstitutionnelle et en contradiction avec les principes du gouvernement représentatif contenus dans le statut de Charles-Albert, ses actes étant, non pas d'une véritable magistrature, mais bien du pouvoir législatif, ainsi que l'indique le titre même de Cour régulatrice. Régler, c'est généraliser, c'est-à-dire faire le contraire de ce qui est l'essence de l'acte propre de la magistrature. Il y a là une inconstitutionnalité que la sanction de la loi ne saurait faire disparaître : dans un gouvernement libre et fondé sur la division des pouvoirs, le pouvoir législatif ne peut déléguer une partie de ses attributions ni à un individu ni à un corps; un gouvernement absolu admettrait seul une pareille délégation.

Au système de la cassation l'auteur préfère celui de la troisième instance qu'il n'expose que sous forme de réponse aux principales objections qui lui ont été adressées. Indépendamment des raisons intrinsèques qui le recommandent aux Italiens, il insiste sur son origine qui n'est nullement autrichienne comme quelques-uns le croient, mais profondément nationale, la troisième instance ayant formé presque le droit commun en Italie depuis le moyen âge jusqu'à la fin du XVIIIe siècle. Il ne se fait pas illusion toutefois; il propose plutôt une transaction entre la cassation et la troisième instance que l'adoption pure et simple de cette dernière; il prévoit enfin que le système de la cassation l'emportera probablement, et se livre à ce sujet aux plus sombres prédictions [1].

Les écrits dont je viens de parler ne sont pas exempts d'exagération et il s'y rencontre de fréquentes digressions; mais je m'empresse d'ajouter qu'ils renferment un grand nombre d'observations d'un grand intérêt. Quelque persuadés que nous puissions être du mérite de la cassation, il nous importe de connaître les critiques dirigées contre elle, et à son occasion, contre nous-mêmes. M. Carcano

[1] J'apprends à l'instant que le Congrès juridique italien qui, convoqué d'abord pour mai 1872, s'est réuni à la fin de novembre, a voté une résolution par laquelle il se prononce contre le système de la cassation.

Digitized by Google

montre la cassation introduite après 1789 par des considérations plus politiques que judiciaires, et surtout dans un esprit de réaction contre nos anciens Parlements; il parle, à maintes reprises, de la France et du caractère français en des termes dont je ne veux pas lui reprocher la sévérité. Nous avons besoin, non-seulement de nous dire à nous-mêmes, mais encore de supporter que d'autres nous disent nos vérités, ou ce qu'ils croient tel, quelque dures qu'elles soient: ce que nous pouvons seulement attendre particulièrement d'un Milanais, c'est qu'il ne nous juge pas avec malveillance.

29. *De la suprême magistrature du royaume*, discours lu au *Circolo giuridico* de Palerme, le 6 avril 1872, par M. Ign. Caruso, substitut du procureur général près la Cour d'appel de Palerme, extrait du *Circolo giuridico* [1]. Palerme, 1872; 37 p. in-8°. — M. Caruso est également un adversaire de la cassation; il croit que si ce système s'est maintenu depuis plus de quatre-vingts ans en Europe, c'est grâce au mérite des hommes éminents qui, dans les divers États, ont été chargés de l'appliquer, et non par la vertu propre de son organisation. Il s'attache à réfuter la prétendue origine romaine attribuée à la cassation. Il reproche surtout à cette institution de sacrifier l'intérêt des plaideurs. Quant à l'uniformité de la jurisprudence, il montre qu'elle ne la maintient pas et cite, à titre d'exemple, les revirements de la Cour de cassation française sur la question du cumul de la réserve et de la quotité disponible; il ajoute qu'il serait d'ailleurs déplorable que cette uniformité fût effectivement maintenue. Il pense enfin que, si le régime de cassation doit exister, il n'est nullement nécessaire qu'il n'y ait qu'une Cour de cassation unique pour tout le royaume d'Italie [2].

Passant au système de la troisième instance, M. Caruso en montre les principaux défauts : la restriction à la première instance seule de l'instruction des procès, la nécessité pour

[1] Ce nom est, à la fois, celui d'une société de jurisconsultes fondée à Palerme en 1870 et d'une Revue de législation et de jurisprudence publiée par cette société. Je m'occuperai de cette publication dans une livraison prochaine de la *Revue*.

[2] On peut voir, en ce dernier sens, l'adresse adressée par les Siciliens aux Chambres et aux ministres, dans le but d'obtenir le maintien de la Cour de cassation de Palerme : *Circolo giuridico*, t. Ier (1870), p. 22-24 de la *Rivista*.

Digitized by Google

le juge de troisième instance de choisir entre les deux premières sentences, l'inapplicabilité aux matières pénales.

Il y a lieu, selon lui, à rechercher une organisation de la magistrature suprême qui ne donne pas prise aux objections très-graves et à la forte opposition que la troisième instance a soulevées aussi bien que la cassation; il reproche aux rapports ministériels d'avoir laissé de côté cette recherche et consacre la seconde partie de son discours à l'exposition du système qu'il croît préférable aux deux premiers.

Il établit d'abord une distinction fondamentale entre deux sortes de fonctions de la magistrature suprême, celles qui ont pour objet l'intérêt exclusif des parties, et celles qui appartiennent plus proprement au régime gouvernemental. Pour les premières, il propose le système de la *révision*, également différent de la cassation et de la troisième instance, en empruntant à chacune ce qu'elles ont de bon, et applicable tant en matière pénale qu'en matière civile, avec des différences importantes et nombreuses dans le détail desquelles l'éminent magistrat entre avec l'autorité que lui donne son expérience personnelle. Pour la seconde classe des fonctions de la magistrature suprême, c'est-à-dire pour la solution des conflits, pour les jugements disciplinaires et pour la surveillance de la jurisprudence, dans les limites où il est possible d'arriver à l'uniformité ainsi qu'à l'amélioration de la législation, il y a là trois sortes d'attributions qui pourraient être séparées; mais le mieux serait de les confier toutes ensemble à un haut tribunal unique pour tout le royaume. Les Cours ou tribunaux de révision seraient, au contraire, en nombre suffisant pour ne pas être à une trop grande distance des parties.

M. Caruso estime que l'adoption du système de révision permettrait à la fois de mieux satisfaire les intérêts des plaideurs, d'abréger la durée des procès, et de faire disparaître l'absurde séparation du fait et du droit : le tout sans préjudicier aux finances de l'État.

DROIT INTERNATIONAL.

Arlia, Brusa, Carle, Esperson.

30. *Les Conventions d'extradition* entre le royaume d'Italie

Digitized by Google

et les États étrangers, exposées et annotées par M. Costantino Arlia : 1re série, Turin, Rome, Florence, imp. roy., et Bocca frères, 1871, 308 p. gr. in-8°, 6 fr. — La publication entreprise par M. Arlia est d'une grande importance tant pour le droit international que pour le droit criminel comparé. Le présent volume contient dix-sept conventions d'extradition passées entre le gouvernement italien et les États étrangers, depuis 1862 jusqu'en 1870, c'est-à-dire les conventions avec la république de Saint-Maurice, Malte, l'Uruguay, la Chine, la Suède et Norwége, Bade, la Bavière, l'Espagne, les États-Unis, la Suisse, l'Autriche, la Hongrie, la Belgique, la Hollande, le Wurtemberg, la république Argentine et la France. Le texte même de chaque convention est précédé, accompagné ou suivi de notes substantielles qui forment un véritable commentaire historique, théorique et pratique; l'auteur joint, à l'occasion, le texte en tout ou partie des ordonnances, décrets, déclarations, avis et autres actes les plus importants qui se réfèrent aux matières traitées. C'est ainsi, par exemple, que dans les notes sur les conventions avec la France, du 12 mai 1870, il reproduit intégralement (p. 274-80) l'avis du conseil du contentieux diplomatique, du 19 juillet 1863, relative à l'affaire du vapeur français l'*Aunis*. Une préface de vingt pages contient une histoire sommaire de l'extradition et un résumé, en dix articles, des règles qui forment actuellement le droit commun international en cette matière. Enfin, une table alphabétique à la fin du volume est destinée, ainsi que le répertoire général annoncé pour la fin de l'ouvrage, à grouper toutes les questions qu'un même pacte a pu soulever dans diverses conventions.

31. *Idée fondamentale du droit et du droit international en particulier*. Leçon d'ouverture du cours de droit à l'Université de Modène, le 11 janvier 1872, par l'avocat Em. Brusa; Modène, typ. sociale, 40 p. in-8°. — Rappelant la définition du Dante : *Jus est realis et personalis hominis ad hominem proportio : quæ servata, hominum servat societatem, et corrupta corrumpit*, M. Brusa fait ressortir, d'après Carmignani, les cinq grandes vérités qu'elle contient. Il définit le droit en général, « l'instrument indispensable à l'homme pour la réalisation de sa nature d'animal raisonnable et sociable, » et le

Digitized by Google

droit international, « le droit des diverses agrégations formées d'éléments homogènes au regard d'agrégations semblables avec des tendances unitaires propres, et cependant conformes à celles de l'humanité entière. » L'élément caractéristique de la nation est, selon lui, ce qu'il appelle la *force de répulsion;* par quoi il entend, non pas l'antipathie hostile, mais l'obstacle naturel et nécessaire à ce que tous les hommes forment une nation unique. Il pense que la valeur du plébiscite à été exagérée et sans méconnaître le rôle de l'élément volontaire, dont il détermine les limites, il professe que cet élément est purement secondaire et accessoire, l'élément essentiel étant la réunion d'un ensemble homogène tel qu'il ne dépend d'aucun être humain de faire qu'il n'existe pas ou soit différent de ce qu'il est. ERNEST DUBOIS.

(*La suite à une autre livraison.*)

(La prochaine livraison contiendra le bulletin bibliographique des ouvrages relatifs à l'*Histoire du droit.*)

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

1591. Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière et Cᵉ, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

COMMISSIONNAIRES DE TRANSPORT. — AVARIES. — RESPONSABILITÉ.

Par M. Lespinasse,
premier avocat général à la Cour d'appel de Pau.

Les questions de responsabilité en ce qui concerne les transports par chemins de fer soulèvent toujours de vifs débats devant les tribunaux. Les décisions les plus sages de la Cour suprême, loin d'y mettre un terme, ont servi de point de départ à des systèmes nouveaux non moins éloignés de l'esprit de la loi que ceux dont sa jurisprudence avait fait justice. Rappelons en peu de mots les principes de la matière et appliquons-les aux difficultés qui se sont récemment produites.

La commission de transport participe du mandat et du dépôt, puisqu'elle comprend un agissement à effectuer, une chose reçue à rendre au destinataire. Arrêtons-nous à ce dernier élément de la convention. Dans quel état la chose doit-elle être rendue? A prendre à la lettre le texte de l'article 1933 du Code civil, il semblerait que le commissionnaire est libéré en livrant la chose en l'état où elle se trouve au moment où il en fait la remise, si on ne lui prouve qu'elle a été détériorée par sa faute. Mais le bon sens et l'équité repoussent une pareille interprétation. Il est peu vraisemblable qu'on ait expédié une marchandise atteinte d'avarie et qu'on se soit ainsi exposé au danger d'un refus, aux dommages et aux frais qui devaient en être la suite; il y a donc présomption naturelle que la détérioration est survenue durant le trajet; et c'est au commissionnaire à prouver qu'elle provient d'une cause dont il ne saurait être garant, telle qu'un vice intrinsèque de la marchandise, un emballage défectueux [1] ou une force majeure. La question était ainsi résolue dans le droit romain. Un fragment d'Ulpien inséré au Digeste (titre du Dépôt, loi I, § 16) porte : *Si res deposita deterior reddatur, quasi*

[1] Pardessus, t. XI, n° 542. — Vincens, t. I, p. 623. — Bourges, 24 janvier 1840.

Digitized by Google

non redditâ agi depositi potest. — Une doctrine analogue était enseignée dans notre ancien droit par Doneau, le rival de Cujas (commentaire de la loi VII au Code, titre du Dépôt) : *Depositarius qui dicit se rem amisisse, id probare debet.* Le Code civil n'a rien changé à ces règles équitables, comme on peut le voir dans Troplong, commentaire du dépôt, article 1933, n° 121, et dans un arrêt de la Cour de cassation du 14 juin 1827.

La loi spéciale qui régit les transports en matière de commerce a formulé ce principe en termes plus énergiques encore dans les articles 97 et 98 : « Le commissionnaire est garant de l'arrivée des marchandises dans le délai déterminé par la lettre de voiture, sauf les cas de force majeure légalement constatés. Il est également responsable des avaries de route, s'il n'y a stipulation contraire dans la lettre de voiture, ou force majeure. »

Mais les doutes commencent lorsque, au lieu d'opérer le transport en entier, le commissionnaire chargeur en a fait exécuter une partie par des intermédiaires. Quelle sera la situation de ceux-ci relativement à la responsabilité? Il est d'abord certain que le commissionnaire chargeur répond pour tous les autres vis-à-vis de l'expéditeur et du destinataire, et qu'il ne peut affranchir de cette obligation qu'en prouvant le vice intrinsèque, l'emballage défectueux ou la force majeure (art. 99, C. com.). Mais les intermédiaires qu'il emploie vis-à-vis de lui, comment sont-ils tenus? Ne sont-ils pas placés vis-à-vis du chargeur dans la même position où il se trouve lui-même à l'égard de l'expéditeur? N'ont-ils pas reçu comme lui un dépôt? Ne sont-ils pas obligés de le rendre en bon état, sauf à eux à prouver que l'avarie ne vient pas de leur faute? — L'analogie est frappante. Cependant, la jurisprudence a consacré une solution contraire. La raison qu'en donnent la plupart des arrêts est celle-ci : l'intermédiaire n'a pas le temps de vérifier les marchandises dont il se charge. La présomption qu'il les a reçues en bon état cesse donc à son égard.

Si ce motif était le seul qu'on pût invoquer, il nous paraîtrait insuffisant, car la célérité requise pendant le trajet n'est pas moins nécessaire au moment du départ, et puisqu'on présume que le commissionnaire chargeur a dû vérifier les

Digitized by Google

colis avant d'accepter comme vraies les énonciations de la lettre de voiture, il serait difficile de dire pourquoi les intermédiaires en sont dispensés. D'un autre côté, le principe général sur lequel repose la responsabilité des entrepreneurs de transports, milite contre tous et n'a reçu du législateur aucune exception. Nous admettons cependant la dérogation proposée, mais nous la fondons principalement sur ce motif à peine indiqué dans la jurisprudence, qu'il y a *convention implicite* dispensant les intermédiaires de la vérification. Cette convention résulte du délai ordinairement très-court qui leur est imparti pour effectuer la remise et qui leur rend impossibles les vérifications auxquelles il faudrait procéder à chaque changement de ligne. A cette considération vient s'en ajouter une autre non moins importante : c'est qu'au départ et à l'arrivée, l'ouverture des colis peut avoir lieu sans inconvénient. Les principaux intéressés, l'expéditeur ou le destinataire assistent à l'opération, tandis que, durant le trajet, il pourrait y avoir une foule d'abus résultant de la vérification faite entre les préposés de deux compagnies. On comprend, en effet, que l'intérieur des caisses ne puisse en règle générale être inspecté hors de la présence du maître.

Il pourrait toutefois arriver qu'un colis fût présenté à une station de chemin de fer dans un état de délabrement qui le rendrait inacceptable. Ce cas est prévu par les arrêts. Ils exigent alors qu'avant de recevoir la marchandise, le commissionnaire fasse constater l'avarie sous peine d'en répondre personnellement. Mais de là naît un embarras sérieux. Le commissionnaire intermédiaire doit réclamer la vérification lorsque les avaries sont *apparentes*. Que faut-il entendre par ce mot ?

S'il s'agissait d'une marchandise expédiée à découvert comme des planches, des madriers, l'avarie étant de nature à frapper les regards les moins attentifs, l'intermédiaire qui les accepterait sans réserve serait justement présumé les avoir reçus en bon état. Mais quand la marchandise est renfermée dans une caisse, quelle espèce d'avarie extérieure rendra la vérification nécessaire sous peine de responsabilité ? Il est difficile de le dire d'une manière théorique. Tout dépend des faits particuliers.

Dans un procès qui est passé sous nos yeux, une robe ar-

Digitized by Google

tistement brodée avait été envoyée à l'exposition d'Altona par une modiste française. Elle revint dans un état de dépérissement déplorable, froissée, couverte de moisissure et tombant en lambeaux. Diverses compagnies avaient coopéré au transport; celle qui avait fait la remise étant assignée en dommages-intérêts, voulait faire remonter la responsabilité à l'administration de la ligne antérieure; on la repoussait par cette objection : L'avarie était apparente; si elle avait existé au moment où la transmission vous a été faite, vous auriez stipulé la non-garantie. Vous avez gardé le silence; donc la détérioration a eu lieu entre vos mains. L'apparence de l'avarie consistait : 1° en ce que le couvercle de la caisse avait été changé, et 2° en ce qu'il présentait des traces de mouillure; mais ni l'une ni l'autre circonstance n'étaient suffisantes pour faire naître de sérieux soupçons d'avarie intérieure et motiver une vérification. Le changement du couvercle avait pu être fait inoffensivement au moment du retour. La simple mouillure de la caisse au dehors n'impliquait pas nécessairement que la robe eût été endommagée; aussi l'objection n'eut-elle aucun succès. — Il en eût été autrement si la caisse eût été brisée ou le bois décomposé par l'humidité.

Mais revenons au cas le plus ordinaire : la caisse arrive sans dégâts extérieurs; on l'ouvre, une avarie est constatée. A qui s'adressera le destinataire pour obtenir des dommages? Refusera-t-il de recevoir l'envoi et le laissera-t-il pour le compte de l'expéditeur? Mais d'abord, il peut se faire que le colis ait voyagé à ses périls et risques (art. 100, C. com.) et que par conséquent l'avarie demeure à sa charge. D'un autre côté, la détérioration peut n'être pas assez grave pour qu'il se prive d'une fourniture dont il a besoin, et son intérêt véritable peut se réduire à obtenir une juste indemnité. A qui la demandera-t-il? Le commissionnaire chargeur est responsable pour toute la durée du trajet, même quand il emploie des intermédiaires. Le destinaire peut donc s'adresser à lui, et pour faire accueillir sa réclamation, il n'aura besoin de prouver qu'une chose : l'existence du dommage. Mais ce recours direct n'est pas toujours aussi facile qu'on pourrait le croire. Un grand nombre d'intermédiaires peuvent avoir été employés. Le commissionnaire chargeur peut

Digitized by Google

être ignoré du destinataire. Dans le temps que prendraient les recherches, la marchandise pourrait se gâter de plus en plus et même périr. Il n'y a sur les lieux personne avec qui l'on puisse procéder contradictoirement à une expertise. Ces lenteurs, ces incertitudes si préjudiciables au commerce ont été justement appréciées dans la pratique. La procédure mise en usage a été constamment celle-ci : Le destinataire actionne la compagnie qui lui fait la remise. Si celle-ci croit n'être pas en faute, elle appelle en garantie les compagnies antérieures qui font à leur tour intervenir le commissionnaire chargeur. Tous les intéressés étant en présence, le tribunal recherche celui à qui revient la faute. S'il le découvre, il le condamne seul. Si ses efforts pour constater le véritable auteur du préjudice n'aboutissent pas, le commissionnaire chargeur demeure responsable en vertu de la présomption légale et supporte en définitive toutes les conséquences de l'action.

Telle est la véritable théorie de la matière. Elle ne viole aucun principe de droit et elle prévient toutes les difficultés. Voyons maintenant en quoi la Cour de cassation a entendu y porter atteinte par son arrêt du 19 avril 1868 (S., 68, I, 384).

La Cour d'appel de Nîmes (S., 66, 2, 236) avait admis que le destinataire peut actionner à son choix un intermédiaire quelconque et le faire condamner sans prouver qu'il est en faute, sauf le recours de celui-ci contre les agents antérieurs.

L'erreur était évidente. Les intermédiaires étant dispensés de vérifier les colis et de faire constater les détériorations *non apparentes,* cette dispense les protége contre la présomption de faute aussi bien envers le destinataire qu'à l'égard des autres compagnies, et ils ne sauraient être déclarés responsables que selon les règles du droit commun, c'est-à-dire quand leur faute est établie (art. 1315 et 1382, C. civ.). La Cour de Nîmes avait donc méconnu la portée du principe qu'elle admettait elle-même, et c'est pour cela que sa décision a été annulée. Mais l'arrêt de la Cour suprême ne modifie en rien la procédure introduite par l'usage et laisse intactes les considérations que la Cour d'appel avait invoquées, et dont elle avait fait seulement une fausse application.

Voici, ce nous semble, la marche tracée par ces précédents

Digitized by Google

judiciaires combinés avec la pratique du commerce dont il convient toujours de tenir le plus grand compte, car elle est l'indice le plus sûr d'un intérêt précieux à ménager. La marchandise arrive. L'avarie est constatée. Que fera le destinataire? Pour lui le voiturier *unique* est celui de qui il tient l'envoi. Il l'actionne donc en vertu de la présomption légale de faute. Celui-ci répond qu'il n'est qu'un intermédiaire. Cela suffit-il pour qu'on le mette hors de cause? Évidemment non. Pour obtenir ce résultat, il faut qu'il prouve deux choses : 1° qu'un autre l'a chargé de continuer le transport, et il le fait par l'appel en cause de celui-ci; 2° qu'entre ce dernier et lui, il n'y a pas eu de stipulation ou de circonstances particulières qui aient mis l'avarie à sa charge. S'il y a d'autres intermédiaires, la procédure sera la même à leur égard, et tous les intéressés se trouveront ainsi réunis devant le tribunal. Alors, de deux choses l'une : ou l'on découvrira à qui incombe la faute, ou toutes les investigations auront été inutiles. Dans le premier cas, l'auteur du fait dommageable en supportera seul les conséquences; dans le deuxième, ce sera le commissionnaire chargeur ou l'expéditeur si l'avarie provient d'un vice intrinsèque ou d'un emballage défectueux. Une seule modification doit donc être apportée à la procédure suivie jusqu'à ce jour. Au lieu de prononcer autant de condamnations qu'il y a de garants et de sous-garants, on ne devra condamner qu'un seul des plaideurs soit l'auteur reconnu de l'avarie, soit le commissionnaire chargeur, ou l'expéditeur, suivant les distinctions que nous venons d'énoncer. Nous devons ajouter que dans l'arrêt de 1868 il n'y a pas un mot qui fasse obstacle à notre solution et que dans son arrêt de 1863 (D. P., 63, 1, 134) la Cour suprême a considéré implicitement cette marche comme régulière puisqu'elle n'a écarté le recours d'un intermédiaire à un autre que dans un cas où le prétendant à la garantie était convaincu d'être lui-même l'auteur du dommage.

Encore un mot sur deux questions qui se présentent fréquemment dans la pratique :

Une compagnie de chemins de fer qui reçoit une certaine quantité de marchandises à transporter, peut-elle obliger le destinataire à recevoir une partie de l'envoi, en attendant le

Digitized by Google

reste retardé ou perdu? — Ou bien le destinataire a-t-il le droit de refuser ce qui lui est offert, jusqu'à l'arrivée du chargement complet? S'il refuse, à qui incombent les dommages résultant de la livraison tardive?

Un principe de droit domine le problème; il est formulé dans les articles 1220, 1221 et 1244 du Code civil. L'obligation de la compagnie, quoiqu'elle porte sur un objet divisible en soi, doit être exécutée comme si elle était indivisible. Le commissionnaire de transport étant débiteur envers le destinataire des marchandises voiturées ne peut contraindre celui-ci à les recevoir partiellement. Devant des textes aussi formels, toute controverse est impossible; le destinataire a demandé 1,000 kilogrammes de laine ou de fer, on lui en offre 200; aux termes de la loi comme au point de vue rationnel, il peut répondre : Ce n'est pas la chose qui m'est due, je ne puis l'accepter.

Objecterait-on que dans ce système le moindre déficit pourrait autoriser un refus regrettable? Le bon sens et l'équité indiquent la limite où la faculté laissée au destinataire doit s'arrêter. — Si le déficit est insignifiant, on condamnera son mauvais vouloir par application de la maxime : *Malitiis non est indulgendum*, on l'obligera à recevoir ce qui est arrivé, à la condition toutefois qu'il lui sera offert une indemnité suffisante pour ce qui manque, car il ne serait pas juste de le renvoyer à intenter plus tard un procès avec la complication résultant d'une acceptation partielle.

Il y a une autre exception non moins évidente au droit du destinataire de refuser une partie de l'expédition, c'est lorsqu'elle comprend des objets de diverses natures, comme un meuble, un cheval. Le retard de l'un ne saurait autoriser le refus de l'autre, puisqu'ils n'ont entre eux aucune relation nécessaire.

Une autre difficulté s'est élevée dans ces derniers temps et a donné lieu à des solutions que tout le bon vouloir des arrêtistes a eu de la peine à concilier.

Indépendamment de leurs tarifs ordinaires, les compagnies des chemins de fer ont des tarifs spéciaux dans lesquels les prix sont abaissés d'une manière notable, soit à raison de l'intérêt particulier qui s'attache à la circulation économique de certains produits, comme les denrées alimen-

Digitized by Google

taires, soit à cause de l'extension du délai accordé pour la remise et de la diminution de vitesse qui rend le transport moins coûteux.

Les compagnies ont la prétention d'employer pour ces sortes de transport des wagons non clos. De là est née la question de savoir si elles sont responsables des avaries résultant uniquement de ce que les marchandises étaient restées à découvert.

Une première observation s'offre à la pensée. Les compagnies devraient au moins avertir le public en termes exprès, dans leurs affiches, que les expéditions pour lesquelles les tarifs spéciaux auront été demandés se feront par wagons non clos.

Mais cela ne suffirait pas pour les dispenser de toute précaution. A défaut de clôtures en bois, elles devraient toujours abriter les marchandises sous des couvertures imperméables, surtout quand la saison ou l'état de l'atmosphère l'exigent.

A plus forte raison de tels soins sont-ils indispensables lorsqu'il s'agit d'objets qui ont particulièrement besoin d'être garantis de l'humidité, comme les farines et les céréales. On ne pourrait alléguer en ce cas le consentement tacite de l'expéditeur, car il n'a certainement pas entendu courir la chance d'accidents très-ordinaires qui feraient perdre à sa marchandise presque toute sa valeur.

LESPINASSE.

DE L'HYPOTHÈQUE MARITIME.

Par M. Gonse, avocat à la Cour de cassation.

L'organisation du crédit maritime est une question difficile et importante; on y reviendra sans cesse jusqu'à ce qu'intervienne une solution satisfaisante. A une époque où, dans les relations sociales, le crédit en était encore aux opé-

Digitized by Google

rations les plus élémentaires, les anciens auteurs avaient déjà compris le rôle nécessaire des capitaux dans le commerce de mer. C'est dans les écrits de ces jurisconsultes qui ont créé en quelque sorte le droit maritime, que se retrouve l'origine des institutions fiduciaires actuelles. Après cette période ancienne de progrès, la législation spéciale est restée cependant stationnaire. Tandis que le commerce général et l'industrie obtiennent chaque jour des facilités nouvelles en harmonie avec le développement constant des relations et la mobilité des capitaux, le crédit maritime plus anciennement constitué continue d'être régi par l'ordonnance de 1681, refondue, il est vrai, en 1807, pour devenir le Code de commerce, livre II, mais conservée dans son système général et presque toutes ses dispositions.

Il n'y a donc pas à s'étonner des réclamations souvent confuses, mais incessantes, que font entendre tous ceux dont la fortune est engagée aux entreprises d'armement. Ces réclamations ont trouvé leur écho naturel dans un groupe de membres de l'Assemblée nationale que leurs attaches électorales appellent plus spécialement à se préoccuper de cette nature d'intérêts [1]. Ils ont déposé le 29 juillet 1872 un projet de loi ayant pour objet de rendre les navires susceptibles d'hypothèque.

Conçu en vingt-huit articles, ce projet n'est pas à proprement dire une œuvre nouvelle. Il s'appuie sur un précédent considérable, ainsi que les auteurs le déclarent eux-mêmes dans leur exposé de motifs. Sous le dernier gouvernement, la révision de la législation maritime avait été fréquemment demandée, surtout depuis que des traités de commerce nombreux étaient venus modifier le régime économique de la France. Avant de prendre aucune mesure à cet égard, on avait provoqué dans une grande enquête la manifestation des vœux du commerce maritime.

Dans cette enquête dite de la marine marchande, il fut vivement insisté par un grand nombre de déposants sur les

[1] MM. Savoye, Peulvé, Raoul Duval et Cordier, députés de la Seine-Inférieure; Mathieu Bodet, député de la Charente; Legrand, député de la Manche; Dietz-Monin, député de la Seine; Grivart, député de l'Ille-et-Vilaine; Babin-Chevaye, député de la Loire-Inférieure.

Digitized by Google

difficultés de toutes sortes que rencontraient les armateurs. L'inscription maritime surtout était vivement attaquée; on lui imputait la diminution du nombre des matelots, le prix élevé de leurs salaires. Elle était la cause de toute une série de règlements particuliers d'une application onéreuse et gênante. Plusieurs négociants signalèrent également les entraves que certaines dispositions du Code apportaient au crédit. M. Verharne, membre de la chambre de commerce de Dunkerque, présenta sur ce point, dans une remarquable déposition, un tableau saisissant de la situation des armateurs; avec une grande compétence et par des arguments pressants, il concluait à la révision du livre II du Code de commerce. Les délégués de la chambre de commerce de Brest, au nombre des modifications législatives utiles à la marine, signalaient la faculté donnée aux armateurs anglais de donner leur navire en garantie par des emprunts hypothécaires inscrits au dos de l'acte de nationalité. M. Lemire, président de la chambre de commerce de Rouen, mentionnait la procédure de vente sur saisie des navires comme demandant une réforme. Tel était également l'avis de M. de Courcy, directeur de la compagnie d'assurances de Paris.

A la suite de cette enquête, le conseil supérieur du commerce émit un double avis. Il pensa qu'il y avait lieu de supprimer les surtaxes de pavillon et les droits de tonnage établis sur les navires étrangers ainsi que le demandaient plusieurs chambres de commerce. La loi de 1866 eut pour but de donner satisfaction à ce vœu. Mais en même temps il fallait donner aux armements français une compensation légitime et leur permettre de supporter la concurrence étrangère; on ne pouvait sans danger toucher à l'institution si ancienne de l'inscription maritime qui avait été l'objet des critiques les plus nombreuses. Mais sur d'autres points accessoires, il était plus aisé de donner satisfaction aux intéressés. La seizième question soumise au Conseil était ainsi conçue :

« Ne convient-il pas de reviser plusieurs dispositions du « Code de commerce qui ont été signalées comme onéreuses « et nuisibles au crédit des armateurs et peu en harmonie « avec les législations des autres nations? Ces dispositions « sont particulièrement celles qui se rapportent :

Digitized by Google

« A, à la nature de la propriété du navire.

« B, à la procédure pour la saisie et la vente des navires « sur poursuites des créanciers et à la distribution du prix.

« C, au règlement des avaries communes.

« D, à l'assurance du fret qui est déclarée nulle en France, « tandis qu'elle est parfaitement licite en Angleterre.

« E, à la renonciation des services rendus aux navires en « péril.

« Sur cette question le Conseil : considérant que ces ques- « tions touchent aux principes mêmes du droit, à la procé- « dure, aux juridictions établies et quelques-unes même aux « relations internationales; qu'elles n'ont pas été suffisam- « ment éclairées par l'enquête pour recevoir une solution, se « borne à exprimer le vœu que M. le ministre de l'agriculture « et du commerce veuille bien les faire étudier par une com- « mission spéciale. »

Cette commission fut constituée et commença à fonctionner en 1865[1]. Elle aboutit à une œuvre des plus complètes et des plus sérieusement élaborées; ce n'était rien moins que la refonte complète du livre II du Code de commerce. Le projet et la note explicative très-développée qui l'accompagnait étaient soumis au Conseil d'État, lorsqu'intervint la période désastreuse qui interrompit brusquement tous ces travaux pacifiques.

C'est le projet de la commission de 1865 qui a inspiré les auteurs de la proposition déposée le 29 juillet 1872. C'est à lui qu'il faut se reporter pour l'étudier.

En 1865, l'hypothèque maritime fut adoptée avec toutes ses conséquences. Les articles 311 à 336, entièrement remaniés, avaient pour objet d'en organiser le fonctionnement.

[1] Cette commission, présidée d'abord par M. Behic, puis par M. Forcade de la Roquette, se composait de MM. Rouher; Bayle-Mouillard, conseiller d'État; Bonjean, sénateur; de Boureuille, secrétaire général du ministère du commerce; Blanche, avocat général de la Cour de cassation; Chabrié, directeur au ministère de la marine; Chaix-d'Est-Ange, vice-président du Conseil d'État; de Courcy, directeur de la compagnie d'assurances générales; Denière, président du tribunal de commerce; Dufour, avocat à la Cour impériale; Duvergier, président de section au Conseil d'État; Greffier, directeur au ministère de la justice; Julien, directeur du commerce intérieur; Massé, président de chambre à la Cour de Paris; du Miral, député; Ozenne, directeur du commerce extérieur; de Vuillefroy, sénateur.

Digitized by Google

En outre, ces articles concordaient avec les autres dispositions refondues du livre II et formaient ainsi un tout homogène. On peut regretter que le projet de 1872 procède autrement. En proposant seulement la création de l'hypothèque maritime par une loi spéciale qui viendra se juxtaposer au Code lui-même, on ne peut obtenir ni la même précision législative, ni la même harmonie entre les diverses parties de la loi commerciale. Sans aucun doute, les auteurs du nouveau projet, désireux d'arriver à un résultat immédiat, ont voulu simplifier la tâche de l'Assemblée. Ils ont reculé devant la nécessité de proposer une série d'innovations nombreuses, et sans soulever de questions complexes, ils ont laissé de côté ce qui n'avait pas directement trait à l'institution de crédit dont ils poursuivaient la création. Il n'en reste pas moins qu'ainsi présentée, la réforme est incomplète et qu'il peut en résulter des confusions. On a tenté cependant d'écarter les principales difficultés par des dispositions relatives aux articles 191 et 192 du Code de commerce.

Ainsi que le font remarquer les auteurs du projet, les propriétaires de navires se trouvent actuellement dans une situation particulièrement défavorable. Notre régime hypothécaire a été modifié par la loi du 28 février 1852 sur le crédit foncier ; le nantissement sur marchandises a été simplifié par la loi de 1858 sur les warrants et celle du 23 mai 1863. Les navires sont restés en matière de gage sous l'empire du Code civil.

Le développement des ressources et des moyens d'action par le crédit est une loi économique universellement reconnue. Le recours aux institutions fiduciaires est pour le moins nécessaire aux armateurs au même degré qu'aux autres catégories de commerçants et d'industriels. Aussi leur intérêt légitime est-il d'obtenir que la mise en gage, instrument essentiel et principal de crédit, leur soit rendue légalement praticable. L'état de choses actuel ne leur donne à cet égard aucune satisfaction réelle.

Aux termes de l'article 2076 du Code civil, l'objet donné en gage sera remis en la possession du créancier gagiste. Il est aisé de comprendre que cette condition est inexécutable et rend impossible le nantissement des navires. Si l'armateur ne possède qu'une part, il ne peut effectuer la remise. Alors

Digitized by Google

même qu'il est seul propriétaire, il ne peut se dessaisir de son bâtiment sans cesser de le faire naviguer et par cela même renoncer à son industrie. Le navire qui dépérit dans l'inaction est d'ailleurs inutile au prêteur. Celui-ci n'est pas autorisé à en tirer parti et ne le pourrait même pas avec avantage dans la plupart des cas.

On peut croire que le Code de commerce a comblé cette lacune en autorisant le prêt à la grosse avant le départ du navire et en y attachant un privilége. Mais ce n'est là qu'une apparence. Le prêt à la grosse avant le voyage est une mesure inefficace, dangereuse même, et dont la commission de 1865 proposait la suppression.

Le prêteur à la grosse court les risques maritimes; il devient en quelque sorte un associé de l'entreprise puisque la perte du navire libère l'emprunteur à son égard. Il résulte de là que les capitaux ainsi aventurés ne peuvent être que peu abondants. C'est une spéculation maritime présentant une grande analogie avec un armement et non un placement. A raison même de ces risques, le prêt à la grosse est fort onéreux; le profit maritime stipulé dépasse de beaucoup ce que seraient des intérêts même élevés. Comme moyen ordinaire de crédit, les emprunts à la grosse seraient ruineux pour les armateurs.

Ce mode de contrat ne se comprend qu'en cours de voyage. Les dispositions de l'article 323 sont alors pleinement justifiées; les derniers emprunteurs sont préférés aux premiers leur privilége est fondé sur la conservation du gage qu'ils ont assurée à leurs devanciers.

Les prêteurs à la grosse avant le voyage ne sont pas dans une situation identique. Ils ne sont pas les conservateurs du navire; leurs fonds ont été appropriés par le propriétaire; ils ont pu être employés à un usage étranger à ce navire. Aussi n'y a-t-il pas entre eux de cause de préférence. Outre les risques de mer, celui qui prête à la grosse avant le voyage est donc menacé de perdre son gage ou d'en voir amoindrir la valeur, par l'effet de prêts postérieurs effectués dans les mêmes conditions et n'ayant en rien concouru à en assurer la conservation. Il est à la discrétion de l'armateur qui cherche des fonds à tout prix.

Si le prêt à la grosse avant le départ est ruineux pour l'ar-

Digitized by Google

mateur, il n'est donc rien moins que sûr pour le capitaliste; on peut aisément croire qu'il est peu en usage et ne rend en réalité aucun service dans le cours normal des affaires. Ce n'est pas là un moyen régulier pour le propriétaire d'utiliser son navire comme instrument de crédit, au développement de ses ressources.

Pour obvier à cette situation difficile on a recours souvent, paraît-il, à une vente simulée du navire avec contre-lettre. Cette simulation déjà fâcheuse en elle-même donne à ceux qui l'emploient une situation factice. Les inconvénients les plus graves en résultent. A l'égard des tiers, le prêteur est propriétaire et ne peut plus exercer les poursuites qu'autorise son titre de créance. Il est armateur malgré lui et souvent à son grand préjudice.

Dans ces circonstances une prompte solution paraît nécessaire. On comprend que les signataires du projet de loi aient eu hâte de la provoquer. Aujourd'hui comme en 1865, on a pensé qu'il n'y avait pas lieu d'organiser un mode de nantissement spécial et particulier, mais qu'il était préférable de beaucoup d'emprunter un système déjà connu et expérimenté; le régime hypothécaire. C'est en effet la voie logique et pratique.

En Italie notre Code de commerce a été adopté presque sans modification; une commission avait proposé, en 1865, d'autoriser la mise en gage du navire, à condition que le créancier y placerait un gardien; le gardien serait le capitaine lui-même s'il n'avait aucune part dans la propriété du navire. Mais même alors, ce capitaine pourrait-il, en présence de son armateur, sauvegarder les intérêts du prêteur? Dans tous les cas, n'y avait-il pas là une complication coûteuse que la pratique accepterait difficilement? Aussi cette proposition, mise en avant pour répondre aux besoins de la marine, ne paraît pas avoir eu de suite, et elle est actuellement abandonnée ainsi qu'on le verra plus loin.

Ce n'est pas d'ailleurs une innovation hardie que l'institution de l'hypothèque maritime. Déjà le principal effet de l'hypothèque, le droit de suite, est reconnu par notre législation à l'égard des navires. Les articles 2119 et 2120 du Code civil, en consacrant le principe que les meubles n'ont point de suite par hypothèque, prévoient qu'il en pourra être au-

Digitized by Google

trement en ce qui concerne les navires. Le Code de commerce, articles 190 et 193, vient ensuite définir ce droit de suite particulier aux bâtiments de mer, nonobstant leur nature de meuble. Les créanciers de l'armateur et spécialement ceux qui ont un droit de privilége, peuvent même après la vente volontaire ou forcée, en accomplissant certaines formalités, demander l'annulation de la vente ou réclamer la distribution du prix.

Pour établir l'hypothèque il suffit donc de placer à côté des priviléges une autre cause de préférence dont la base sera la priorité de date. Les créanciers non privilégiés auront ainsi une sauvegarde contre la concurrence illimitée des prêteurs. L'armateur pourra leur offrir une garantie et trouver un moyen facile et avantageux d'augmenter son crédit. Les règles qui régissent la propriété des navires et leur transmission n'en seront pas troublées. Des formalités fort simples pour constater les créances et leur date, pour assurer la publicité, suffiront. La mise en gage des navires pourra entrer dans la pratique quotidienne et devenir pour le commerce d'armement une cause précieuse de progrès.

Le droit de suite est une tradition de l'ancienne jurisprudence; l'article 2, liv. II, tit. X, de l'ordonnance de 1681 le consacrait. La pratique antérieure allait plus loin. Bien qu'elle n'ait pas admis en général la règle romaine d'après laquelle les meubles étaient susceptibles d'hypothèque, en ce qui concerne les navires, on les considéra, vu leur importance, comme formant une classe mixte, *meubles-immeubles* ainsi que les appelait Bouteiller; on déclara que l'hypothèque leur était applicable.

On eût craint, en assimilant complétement les navires aux immeubles que leur transmission ne pût être entravée par les règles du droit féodal; l'ordonnance de 1681 nous apprend combien étaient encore vives les préoccupations à cet égard. L'article 1er du titre X après avoir classé le navire comme meubles, avant de consacrer le droit de suite, déclare expressément qu'ils ne seront sujets à retrait lignager ni à aucuns droits seigneuriaux.

Cependant au regard des hypothèques et de la suite d'icelles, dit Cleirac, un navire est censé immeuble. Un arrêt célèbre du Parlement de Bordeaux, 26 juin 1612, l'avait formellement

Digitized by Google

déclaré. Si cette doctrine n'était point universellement admise, et si le droit de suite sur les navires ne paraît pas avoir été reconnu en Normandie, elle était incontestablement la plus répandue; on la suivait tant sur les côtes de la Bretagne que sur celles de la Provence.

Le système hypothécaire se ressentait nécessairement des défectuosités du droit ancien. Les hypothèques résultaient de contrats authentiques, mais demeuraient occultes. La garantie du créancier en était diminuée; le crédit de l'armateur en était moins assuré. D'autre part, les difficultés survenant lors de la vente des navires parurent des inconvénients graves. Un moment on pensa que ces inconvénients surpassaient les avantages de l'hypothèque. L'édit du mois d'octobre 1666 déclara qu'à l'avenir tous les navires, quelle que fût leur importance, ne pourraient jamais être pris ni considérés comme immeubles, ni être chargés, ni rendus susceptibles d'aucune hypothèque.

On ne tarda pas à se convaincre que la mesure prise en 1666 avait été mal inspirée. En 1681 on revint, en partie du moins, sur les dispositions édictées quinze ans auparavant. On avait reconnu sans doute les nécessités du crédit maritime et l'inconvénient d'une simplification qui lui portait une grave atteinte.

L'ordonnance de la marine rétablit le droit de suite sur les navires; mais elle s'arrêta là et ne reproduisit pas entièrement la doctrine de l'ancien droit qui les déclarait susceptibles d'hypothèque. Les privilégiés d'abord, puis tous les créanciers indistinctement sans cause de préférence entre eux purent exercer leurs droits même après la vente du navire. Cette disposition avait un double effet: elle étendait le droit de suite à des créanciers purement chirographaires qui n'y pouvaient prétendre s'il s'agissait d'un immeuble véritable; elle supprimait la cause de préférence conventionnelle résultant des contrats authentiques emportant hypothèque. On crut ainsi concilier l'iutérêt des créanciers avec les réclamations antérieures qu'avait suscitées sans doute le mode imparfait alors en usage pour la constatation des créances hypothécaires.

Le Code de commerce de 1807 a reproduit le système de l'ordonnance. L'effet le plus important de l'hypothèque, le

Digitized by Google

droit de suite a été, ainsi qu'on l'a déjà vu, maintenu au profit de tous les créanciers. Ne convient-il pas de revenir à l'ancienne jurisprudence, de remonter à l'état de choses antérieur à 1666 et de détruire ce qui subsiste encore de l'édit rendu à cette époque, à savoir la prohibition d'affecter spécialement et avec droit de priorité le navire au remboursement d'une créance? Il semble d'autant plus que ce retour aux anciennes traditions du droit français doive être accepté, que le perfectionnement de notre système hypothécaire ferait disparaître en grande partie les inconvénients autrefois signalés. La publicité organisée, la constatation facile des créances et de leur date assureront le fonctionnement régulier de l'hypothèque sur les navires. Les garanties sérieuses offertes aux prêteurs deviendront une compensation avantageuse des entraves apportées à la transmission de propriété, lesquelles existent actuellement déjà par l'effet du droit de suite.

Le principe même du projet de loi, la création de l'hypothèque maritime repose donc sur des bases sérieusement juridiques.

Chose digne de remarque, en Italie le même mouvement se produit; un rapport de M. le ministre du commerce, adressé à M. le garde des sceaux dans le courant de l'année dernière, abandonne l'idée d'un gage maritime spécial, et conclut à l'adoption de l'hypothèque. Ce rapport développé témoigne de la science juridique et de la compétence de son auteur. Comme celui de la commission française de 1865, il conclut à la modification d'un certain nombre d'articles du Code de commerce. En ce qui concerne spécialement l'hypothèque *navale*, M. le ministre propose d'en consacrer les bases en neuf articles et de renvoyer les dispositions réglementaires de la procédure à un décret. Les articles de principe consacreraient l'hypothèque conventionnelle, inscrite sur l'acte de nationalité donnant un droit de préférence par priorité de date; les inscriptions conserveraient leur effet pendant cinq années, le créancier pourrait se faire payer sur l'indemnité due par l'assureur en cas de sinistre, et faire inscrire par avance sa créance hypothécaire sur la police d'assurance. Les titres de créances hypothécaires seraient transmissibles par la voie de l'endossement.

Les dispositions ainsi proposées constituent dans les par-

Digitized by Google

ties principales un système identique à celui qui est actuellement soumis à l'Assemblée nationale. C'est là une nouvelle preuve de la lacune que présente la législation commerciale commune à l'Italie et à la France, et de l'opportunité de la réforme projetée.

Les mêmes besoins ne se manifestent cependant pas également partout. Un des Codes de commerce les plus récemment adoptés semble repousser le principe que l'on cherche à faire prévaloir aujourd'hui. Dans la loi commerciale générale de l'empire d'Allemagne, les articles 757 à 781 ont trait aux créances privilégiées sur le navire. Ces créances priment toutes les autres, et notamment les créanciers gagistes qui, d'après les lois particulières des États, ont, de par la loi ou les conventions, des droits à exercer sur le navire. Les droits de ces derniers ne sont pas réglés par le Code général, mais doivent continuer d'être régis par les législations des États (art. 780).

En Prusse, la loi particulière, le *Landrecht*, admet et organise le gage ou hypothèque des navires. L'article 59 de la loi qui promulgue le Code général de commerce dans les États prussiens modifie divers articles du *Landrecht*, pour réglementer à nouveau ce mode de nantissement et en assurer la publicité par des inscriptions sur les registres maritimes.

Malgré cette réserve en faveur des lois d'État, le silence de la loi générale indique que le recours au crédit par la mise en gage des bâtiments de mer est regardé avec défaveur. Les procès-verbaux de la conférence de Hambourg tenue en 1868 confirment cette pensée. On y voit que le gage conventionnel sur les navires est peu en usage et qu'il n'est pas à désirer qu'il entre dans la pratique. La réputation commerciale des armateurs allemands pourrait, dit-on, en souffrir. Le commerce maritime ne peut être soutenu avec sécurité à l'aide de capitaux d'emprunt. D'ailleurs la priorité des créances privilégiées légalement rendront toujours fort incertaine la garantie conventionnelle offerte au créancier.

Ces considérations peuvent être aisément combattues. Le nombre et l'importance des créances privilégiées sur les navires rend sans doute la convention hypothécaire moins efficace en cette matière; mais il n'en reste pas moins que la valeur du navire sera rarement absorbée en totalité par les

Digitized by Google

privilégiés, et que le créancier muni d'un titre de préférence aura un intérêt considérable à ne pas subir la distribution au marc le franc.

Quant à la raison principale, le danger du crédit en lui-même, elle est plus économique que juridique. Elle pourrait être étendue des armements maritimes à toutes les entreprises commerciales. Il y a plus de sécurité à ne jamais recourir aux capitaux étrangers, mais il y a là aussi une diminution de puissance, et depuis longtemps les ressources du crédit ont été jugées une nécessité de tout développement commercial.

Les Anglais, dont la marine marchande tient en Europe la première place, n'ont eu garde de négliger les intérêts fiduciaires de leurs armateurs. Un *act* récent du 10 août 1854, intitulé *Merchant shipping act*, en 548 articles, a modifié tout ce qui concerne la marine marchande. Les articles 66 et suivants sont relatifs au *mortgage* naval et organisent sous cette dénomination la mise en gage conventionnelle des navires. Des règles de publicité sont établies; les inscriptions sont faites dans les ports; les différents prêteurs viennent dans l'ordre de l'inscription de leurs créances; ils peuvent céder leurs titres de mortgage (art. 73). Le mortgage, qui était à l'origine une sorte de vente à réméré, est devenu dans la jurisprudence des cours d'équité, et spécialement en ce qui concerne les navires, une véritable hypothèque. — Le débiteur reste en possession du navire jusqu'à ce que le créancier exige la vente pour se payer de sa créance (art. 70); s'il y a plusieurs prêts garantis, cette vente doit se faire en justice ou avec le concours des créanciers antérieurement inscrits (art. 71).

Il y a là encore un précédent important qui peut rassurer pleinement sur l'application pratique du système hypothécaire aux bâtiments de mer. En examinant d'ailleurs les détails mêmes du projet de loi, on reconnaît qu'il n'y a pas eu à bouleverser notre législation commerciale pour que l'hypothèque maritime puisse venir s'encadrer dans les dispositions antérieures.

Les cinq premiers articles du projet sont relatifs à la constitution même de l'hypothèque. L'hypothèque maritime ne pourra être établie que par convention; l'hypothèque légale

Digitized by Google

et l'hypothèque judiciaire ne sont pas admises sur les navires. La première, à raison de son existence occulte, est une entrave au crédit. Ce motif suffisait pour la faire exclure, alors que l'on cherchait surtout à augmenter les ressources des armateurs. L'hypothèque judiciaire est générale et par cela même une menace pour les créanciers. En outre, un jugement non exécuté constituerait l'armateur commerçant en état de faillite, et il n'y a pas lieu dès lors de constituer à certains créanciers un avantage au détriment de la masse.

L'hypothèque maritime pourra résulter d'un acte sous seing. C'est une facilité donnée aux relations commerciales. Le projet, pour permettre une rapidité plus grande, autorise même l'inscription avant l'enregistrement de la convention constitutive. C'est là une innovation au projet de 1865 qui ne peut léser les droits du fisc et doit dans certains cas devenir précieuse aux créanciers, qui pourront ainsi prendre date immédiatement après la signature de l'acte.

L'hypothèque s'étend à tous les accessoires des navires, agrès, apparaux, etc. Elle peut être constituée même sur un navire en construction.

En ce qui concerne la publicité, les articles 6, 7, 8, 9, 14, 15 et 16 organisent une procédure dont la mise en œuvre pratique paraît fort simple et qui rappelle d'ailleurs les règles du droit civil à l'égard de l'hypothèque sur les immeubles.

Les receveurs des douanes sont chargés de tenir les registres destinés à consacrer cette publicité. C'est à eux déjà que la commission de 1865 avait cru devoir confier ce soin. On peut se demander pourquoi ces fonctionnaires purement fiscaux seraient ainsi investis d'attributions d'un caractère judiciaire. Les greffiers des tribunaux de commerce n'auraient-ils pas été mieux placés pour exercer cette fonction? La raison qui a déterminé la commission de 1865 et les auteurs du projet est que déjà l'administration des douanes est préposée par la loi du 27 vendémiaire an II à l'inscription et à l'immatricule des bâtiments français. Ne fallait-il pas mieux dès lors profiter d'une organisation existante, plutôt que d'en créer de toutes pièces une plus logique peut-être, mais toute nouvelle? Pourquoi refondre une législation dont le fonctionnement n'a donné lieu à aucune réclamation?

L'hypothèque sera inscrite sur un registre spécial tenu

Digitized by Google

dans le port où le navire est en construction ou immatriculé, mentionnée sur l'acte de francisation s'il existe déjà et sur le contrat d'hypothèque.

Pour faire admettre à la francisation un navire nouvellement construit, on devra produire un certificat constatant l'absence d'inscription sur le navire en construction, ou un état des inscriptions prises qui seront reportées sur le registre spécial du port s'il est différent de celui de la construction et sur l'acte de francisation. Si le navire change de port d'immatricule, les inscriptions seront de même reportées sur les registres du nouveau port.

L'inscription a lieu sur la présentation du titre et de bordereaux contenant les indications substantielles à porter au registre. Un des bordereaux est remis au requérant et doit porter le certificat d'inscription.

Les radiations ont lieu en vertu d'un jugement ou sur le dépôt d'un acte authentique de consentement donné par le créancier. Un acte sous seing privé ne suffit plus ici. La même rapidité n'est pas nécessaire, et des fraudes sont plus à craindre alors qu'il s'agit pour le débiteur de se libérer.

Un état des inscriptions sur un navire doit être délivré à tous ceux qui le requièrent.

L'hypothèque ainsi constatée confère un droit de préférence par rang de date des inscriptions. Les hypothèques inscrites le même jour viennent en concurrence; l'inscription conserve l'hypothèque pendant trois années et garantit deux années d'intérêts en sus de l'année courante. Si le titre constitutif est à l'ordre, la négociation par endossement transfère le droit hypothécaire.

En cas de perte, les droits du créancier s'exerceraient sur les choses sauvées alors même que la créance ne serait pas échue. Le bénéfice des assurances est acquis de plein droit aux prêteurs. En outre ceux-ci peuvent faire directement assurer leurs créances, et les assureurs, en les remboursant, seront subrogés à leurs droits contre le débiteur. Ce sont là deux heureuses innovations au projet de 1865. Il est juste que le bénéfice de l'assurance, qui est la représentation du navire, demeure le gage des créanciers comme le navire lui-même. Le projet italien, analysé plus haut, contient une disposition analogue. En cas de négligence de l'armateur, il n'est pas

Digitized by Google

moins juste que le créancier soit admis à augmenter sa garantie par un contrat d'assurance (art. 17).

Le droit de suite résulte déjà des dispositions générales des articles 190 et 193 du Code de commerce. L'article 18 du projet de loi en reproduit formellement la consécration en ce qui concerne les créanciers hypothécaires. Les articles 19 à 25 réglementent par des dispositions nouvelles les formalités de purge pour les acquéreurs, les surenchères que peuvent requérir les créanciers inscrits et la distribution du prix.

Cette réglementation nouvelle relative seulement au cas de vente volontaire était indispensable. Les articles 193 à 196 du Code de commerce ne pouvaient suffire pour sauvegarder l'intérêt des prêteurs hypothécaires. Un voyage fait sous le nom de l'acquéreur pouvait éteindre le droit de suite de créanciers dont rien ne révélait la présence et que l'acquéreur ne pouvait connaître ni mettre en demeure. Vis-à-vis de créanciers inscrits, connus et ayant pris des mesures pour garantir leurs droits, il était nécessaire de prescrire des formalités définies et d'ailleurs aisées à accomplir sans entraver les translations de propriété.

L'article 26 reproduit le nouvel article 336 proposé en 1865. Il contient une règle particulière appelée à rendre sans nul doute de grands services dans la pratique. Pour diminuer la charge des emprunts à la grosse, il importait de rendre la constitution de l'hypothèque possible en cours de voyage et hors du port d'immatricule. On y est arrivé par une combinaison empruntée à la législation anglaise sur le mortgage (art. 76 et suivants de la loi de 1854). Le propriétaire, avant le voyage, déclare au bureau du receveur la somme pour laquelle il entend user du droit d'hypothéquer son navire pendant le voyage. Cette déclaration est mentionnée sur le registre et sur l'acte de francisation. Les hypothèques réalisées en cours de voyage en vertu de cette déclaration sont inscrites sur l'acte de francisation par le receveur des douanes du lieu, et à l'étranger par le consul de France ou un officier public. Ces hypothèques prennent rang du jour de leur inscription.

Au retour seulement et sur la présentation de l'acte de francisation, la déclaration portée au registre pourra être supprimée. Il va de soi que les hypothèques ainsi consenties devront être reportées sur le registre au port d'imma-

Digitized by Google

tricule. L'article cependant ne le dit point; il ne serait pas superflu d'y insérer à cet égard une disposition formelle pour éviter toute difficulté et donner à la loi toute la précision possible.

Le concours des créanciers privilégiés en vertu des articles 191 et 192 du Code de commerce et des créanciers hypothécaires exigeait une réglementation. Le projet de 1865, comprenant une refonte de toute la matière, y avait pourvu en modifiant divers articles. Le projet spécial, moins étendu, n'a pu se dispenser cependant de mettre en harmonie certaines dispositions du Code avec les articles proposés (art. 27). Les créanciers hypothécaires viendront dans leur ordre après les créances privilégiées. Une disposition additionnelle à l'article 191 est proposée à cet effet. En outre, l'institution de l'hypothèque maritime rend inutile le prêt à la grosse avant le voyage reconnu dangereux. Le privilége consacré dans le § 9 de l'article 191 en faveur des créanciers de cette catégorie est abrogé; est abrogé également par voie de conséquence le § 7 de l'article 192 qui réglementait les formalités à accomplir pour la conservation de ce privilége.

C'est encore une modification du Code de commerce, article 233, que contient le dernier article. Il a pour but de remplacer l'emprunt à la grosse avant le voyage par l'emprunt hypothécaire dans le cas où certains des propriétaires qui ont consenti à l'affrétement refusent de contribuer aux frais nécessaires.

Telles sont les dispositions du projet, empruntées presque entièrement aux propositions de la commission de 1865. Elles paraissent heureusement combinées et concilier avec la simplification nécessaire aux relations commerciales la nécessité d'assurer par des formalités précises les garanties nécessaires au fonctionnement de la nouvelle institution fiduciaire. Sans doute, sur quelques-uns des points de détail que nous avons dû parcourir rapidement, la discussion pourra indiquer encore quelques modifications utiles. Mais, le principe admis, le système général adopté paraît être le seul qui puisse utilement atteindre le but.

Il peut paraître téméraire de transporter des immeubles au navire le régime de l'hypothèque. Un navire n'est-il pas un gage bien fragile pour y attacher une institution fiduciaire

Digitized by Google

que nos lois n'autorisent que pour les fonds de terre dont l'existence est permanente et l'assiette inaltérable ? Mais il faut rappeler en terminant que l'hypothèque maritime est largement pratiquée en Angleterre, qu'elle a figuré dans notre ancienne législation maritime, que notre Code en consacrant le droit de suite sur les navires en a fait des meubles d'une nature toute spéciale, et qu'enfin le nantissement déguisé actuellement en usage est la preuve d'une lacune sérieuse dans nos lois. Il faut donc souhaiter que quelles que soient les graves préoccupations politiques de notre assemblée actuelle, elle puisse consacrer quelques instants à la discussion et à l'adoption de la proposition de loi présentée, déjà prise en considération et en ce moment soumise à une commission spéciale. Espérons que la loi nouvelle entrera dans la pratique, deviendra un instrument précieux pour le développement du commerce maritime et contribuera à l'accroissement d'une des branches les plus intéressantes de la richesse nationale. R. GONSE.

QUESTIONS

CONCERNANT

LA NATIONALITÉ DES HABITANTS DE L'ALSACE-LORRAINE.

Par M. Robinet de Cléry,
ancien procureur général, avocat à la Cour d'appel de Besançon.

Les démembrements de territoires résultant du traité de Francfort soulèveront, au sujet de la nationalité de beaucoup de nos frères d'Alsace et de Lorraine, des questions comportant d'assez sérieuses controverses. Il y en a eu chaque fois que, sous des fortunes diverses, les frontières d'un État se sont élargies ou resserrées, et aujourd'hui notre douloureux sacrifice se complique encore en raison des dissidences survenues entre les gouvernements qui les ont souscrits.

Le traité du 10 mai 1871 consacrait un tempérament salu-

Digitized by Google

taire, admis par le droit public européen, lorsqu'il stipulait (art. 2) : « Les sujets français, *originaires des territoires cédés*, « *domiciliés actuellement sur ce territoire*, qui entendront con- « server la nationalité française, jouiront, jusqu'au 1er octobre « 1872, et moyennant une déclaration préalable faite à l'au- « torité compétente, de la faculté de transporter leur domi- « cile en France et de s'y fixer, sans que ce droit puisse être « altéré par les lois sur le service militaire, auquel cas la « qualité de citoyen français leur sera maintenue. — Ils « seront libres de conserver leurs immeubles situés sur le « territoire réuni à l'Allemagne... »

Rien de plus explicite et de plus formel que ce texte. Il imposait au maintien de la qualité de Français une condition, pour l'accomplissement de laquelle était imparti un délai de dix-huit mois environ, expirant au 1er octobre 1872. L'obligation d'opter à époque fixe ayant pour conséquence l'éloignement du sol natal, cette exigence était limitée et s'appliquait restrictivement « aux sujets français originaires des « territoires cédés, domiciliés actuellement sur ce terri- « toire. » A s'en tenir au sens juridique des termes comme à la contexture grammaticale, une disposition ainsi conçue n'avait en vue ni *les originaires non domiciliés*, ni *les domiciliés non originaires.*

Elle était ainsi interprétée à la tribune nationale dans un rapport du 19 juin 1871 : « Cet article 2, y était-il dit, n'at- « teint pas les Français originaires des territoires cédés, « lorsqu'ils n'avaient pas leur domicile sur ces territoires au « moment de la conclusion du traité. Ces derniers demeurent « Français de plein droit et restent soumis aux règles du « droit commun. »

Ce qui semblait acquis et garanti par les premiers accords a néanmoins été différemment compris lors des pourparlers ayant abouti à une convention additionnelle signée, à Francfort, le 11 décembre 1871. Elle avait pour unique objet de tirer de justes corollaires du traité du 10 mai précédent, de régler certains points accessoires et de résoudre notamment des questions de forme et de compétence. Ce mandat n'a-t-il pas été fort étendu, sinon outrepassé par l'article 1er contenant deux dispositions dont l'une concerne «les individus *originaires* des territoires cédés qui résident hors d'Europe, »

Digitized by Google

et l'autre « ceux de ces individus qui résident hors d'Allemagne ? » Pour concilier, avec l'acte international qui leur servait de base cette importante annexe et le classement par catégories ainsi opéré, on eût peut-être été disposé à en restreindre l'application aux originaires ayant conservé leur domicile en Alsace-Lorraine et transporté leur *résidence* ailleurs. Remarquons toutefois que cette distinction n'existe ni dans l'exposé de motifs ni dans le rapport à la suite desquels le règlement complémentaire du 11 décembre a été voté, sans discussion, par l'Assemblée nationale, le 9 janvier 1872. Promulgué le 26 du même mois, il a désormais force de loi.

L'administration préfectorale a reçu de M. le garde des sceaux des instructions en date du 30 mars suivant. Elles rappellent l'opinion qui s'était généralement formée lorsque le traité du 10 mai 1871 avait été livré à la publicité. « On « avait d'abord, écrit le ministre, donné en France une inter- « prétation restrictive à cette disposition et l'on avait conclu « des termes mêmes du traité, que la nécessité d'une dé- « claration n'était imposée qu'aux habitants des territoires « cédés qui non-seulement étaient originaires de ces terri- « toires, mais encore y étaient domiciliés au moment de l'an- « nexion... » Quelque répandue qu'ait été cette persuasion, quelle que fût l'autorité du texte dont elle s'étayait et la faveur avec laquelle le sentiment public l'avait accueillie, la circulaire ne laisse pas d'illusions et se résume ainsi : « Tous ceux « qui sont nés dans les territoires cédés, quels que soient « leur âge, leur sexe et leur domicile, sont tenus de faire une « déclaration, s'ils entendent conserver la qualité de Fran- « çais. A défaut de cette déclaration dans les délais prescrits, « ils seront considérés comme Allemands. *Au contraire, tous* « *ceux qui ne sont pas nés dans ces territoires n'ont aucune dé-* « *claration à faire et sont Français de plein droit.* »

Sur ce dernier point seulement l'interprétation ministérielle concordait avec toutes les appréciations jusqu'alors exprimées. Elle trouvait appui dans la rédaction primordiale du traité de paix qui était fort claire dans son esprit, et dans la convention ultérieure du 11 décembre. Les hautes parties contractantes ayant pris soin de désigner itérativement « *les individus originaires des territoires cédés,* » il était évident

Digitized by Google

qu'elles n'avaient pas voulu les confondre avec ceux qui, sans y être nés, y avaient leur domicile. La nationalité française subsistait en ceux-ci, sans qu'ils eussent à opter. Pour qu'ils la perdissent, il eût fallu un acte de leur volonté ou un fait emportant légalement déchéance.

La règle ainsi posée était tenue pour immuable. Cette conviction était unanime et la sécurité entière, mais, à cet égard encore, d'autres déceptions nous étaient réservées.

La circulaire du 30 mars avait été amèrement critiquée par des journaux allemands ayant ou paraissant avoir des attaches officielles. En même temps s'échangeaient, dans les régions gouvernementales, des notes dont il transpirait quelque chose, et la presse française[1] avait, dès le milieu de juillet, sollicité des explications.

Elles furent seulement données le 14 septembre, par le *Journal officiel*, et, comme la confiance n'avait pas jusqu'alors été ébranlée, elles causèrent une pénible surprise. Le dissentiment n'était que trop réel et persistant. Il portait : 1° sur l'état des habitants des provinces cédées qui n'y étaient pas nés, et 2° sur celui des mineurs. Cette communication se terminait ainsi : « Le gouvernement de la République croit de « son devoir de faire connaître aux intéressés ces divergences « d'interprétation qu'il a combattues autant qu'il était en son « pouvoir, mais qu'il n'a pu encore faire disparaître. »

L'impression produite par cette révélation n'est pas dissipée. Elle se ravivera chaque fois que surviendront des difficultés, des contradictions, des anomalies provenant de l'incertitude entretenue sur le sort d'un certain nombre d'Alsaciens ou de Lorrains, soit qu'ils résident encore dans le pays annexé à la Prusse, soit qu'ils l'aient quitté, soit que l'option d'un incapable ait été faite par son représentant légal, soit que l'inaction de celui-ci ait compromis des droits placés sous sa sauvegarde. En combien d'autres hypothèses n'y aura-t-il pas matière à procès ? La régularité des pouvoirs, l'efficacité d'une déclaration, ses formes essentielles, ses équivalents, offrent un vaste champ aux questions ardues. Elles auront envahi l'arène judiciaire avant que la sollicitude des diplomates ait abouti à une nouvelle annexe ou qu'une

[1] V. *le Temps, l'Industriel alsacien, le Moniteur universel.*

Digitized by Google

loi, dont l'élaboration est annoncée [1], ait été adoptée par l'Assemblée nationale.

L'œuvre qu'une guerre désastreuse avait imposée est accomplie. Celle des plénipotentiaires de Francfort a beaucoup de lacunes et demeure incomplète. Celle de la justice commence.

Renfermés dans leur sphère d'attributions, les tribunaux, en statuant sur les espèces qui leur seront successivement déférées, auront une bien importante mission à remplir. Aux décisions qu'ils rendront sur la nationalité ou l'extranéité des parties s'attachera un vif intérêt. D'une jurisprudence invariable dépendront la sécurité des transactions, la validité des contrats, la solidité des garanties qu'ils procurent. Une méprise est funeste lorsque, ayant trait à l'aptitude du juré, du notaire, du témoin instrumentaire ou de l'arbitre, elle fait rejaillir, sur les actes de l'autorité publique, le vice d'une irrégulière participation. L'erreur est presque également regrettable, soit qu'elle refuse au citoyen ses droits civils ou politiques, soit qu'elle introduise l'étranger dans les corps électifs, dans la législature, dans l'administration, dans l'armée. Beaucoup de litiges engagés sur des droits successoraux, sur des exemptions, sur des incapacités ou sur la diversité des statuts personnels, nécessiteront l'examen de ces questions de nationalité. Elles influeront fréquemment sur la compétence civile ou criminelle de nos corps judiciaires, et les aperçus qui vont suivre ne paraîtront peut-être pas dépourvus d'actualité.

§ Ier.

DES FRANÇAIS QUI, N'ÉTANT PAS NÉS SUR LES TERRITOIRES CÉDÉS A L'ALLEMAGNE, Y AVAIENT LEUR DOMICILE A L'ÉPOQUE DE CETTE ANNEXION.

En donnant publicité aux dissidences survenues sur l'interprétation du traité du 10 mai 1871, la note insérée au *Journal officiel* a reproduit un fragment de la dépêche de M. le chargé d'affaires d'Allemagne exprimant, y était-il dit, *l'opinion définitive de son gouvernement* et se rapportant *à tous les domiciliés, qu'ils soient ou non nés dans les territoires cédés.*

[1] Circulaire ministérielle du 30 mars 1871. Lettre de M. le garde des sceaux à M. Scheurer-Kestner du 30 juillet suivant.

Digitized by Google

« Le gouvernement impérial a estimé, dès le principe, « que, par le fait même de la cession de l'Alsace et de la « Lorraine à l'Allemagne, ses *habitants* de nationalité fran- « çaise devenaient Allemands, sans que cet effet dût même « être expressément constaté dans le traité de paix, et l'ar- « ticle 2 n'a eu d'autre sens ni d'autre but que de fixer les « conditions, par l'observation desquelles une certaine caté- « gorie d'habitants pourrait se soustraire à cette conséquence « naturelle de la cession. En exigeant de ces derniers une « déclaration formelle d'option en faveur de la France et « la translation de leur domicile effectif, il n'a cependant pas « entendu dispenser de toute formalité une autre catégorie « de personnes qui, devenues, elles aussi, allemandes par la « cession du pays, désireraient revendiquer leur ancienne « nationalité. »

Le principe sur lequel ce raisonnement repose a des partisans convaincus, mais il prête à discussion sous un triple rapport. 1° Ne lui est-il pas donné trop d'extension sans tenir suffisamment compte d'une autre vérité qui en est le palliatif? — 2° Ne s'écarte-t-il pas de l'esprit, sinon de la lettre du traité de Francfort? — 3° N'est-ce pas d'ailleurs méconnaître l'autorité de précédents intervenus dans des situations identiques?

I. Ainsi que la remarque en a été faite, « c'est, d'abord et « avant tout, le sol, le territoire lui-même qui est dénationa- « lisé. Les individus, les familles ne perdent leur nationalité « que secondairement, par le résultat, par l'effet de la sépa- « ration territoriale, qui soumet à une souveraineté étran- « gère la partie du sol à laquelle ils sont attachés [1]. »

Quelles attaches unissent assez étroitement les hommes au territoire pour leur en faire partager le sort? — Voilà ce qui fait question pour les publicistes. Ils n'admettent pourtant pas que la conquête englobe, comme dans un vaste filet, les individus, les familles, sans distinguer à quels titres ils se trouvent répandus sur la contrée qu'elle s'approprie. Il faudrait remonter à la barbarie pour trouver des exemples de ces aveugles abus de la force. Une doctrine plus conforme à l'adoucissement des mœurs et à la civilisation chrétienne s'est

[1] M. Demolombe, t. I, n° 178.

Digitized by Google

graduellement formée. Elle a inspiré quelques passages de Pothier. Il enseigne que, « lorsqu'une province est réunie à « la couronne, ses habitants doivent être regardés comme « naturels Français, *soit qu'ils y soient nés* avant ou depuis la « réunion[1]. » Prévoyant l'hypothèse inverse, il dit ailleurs : « .....Lorsqu'une province est démembrée de la couronne... « les habitants changent de domination. De citoyens qu'ils « étaient au moment de la conquête ou depuis la conquête, « s'ils sont *nés* depuis la réunion, de citoyens qu'ils étaient, « *par leur naissance*, jusqu'au temps du démembrement de « la province, ils deviennent étrangers[2]. » Encore est-il ajouté... « qu'ils peuvent conserver la qualité et les droits de « citoyens en venant s'établir dans une autre province de la « domination française[3]. »..... La perte de ces droits est, en même temps, expliquée comme ayant pour cause une sorte de renonciation volontaire de la part de ceux qui « ... passés sous une domination étrangère, *reconnaîtraient un « autre souverain*[4]. »

C'est, à la fois, affirmer la faculté d'opter et y astreindre seulement ceux qui, *nés dans le pays, l'habitent.*

Il est une autre éventualité, au sujet de laquelle le même auteur est plus hésitant. « Il y a même lieu de penser, écrit- « il en supposant l'agrandissement du territoire de la cou- « ronne, que les étrangers, qui seraient établis dans ces « provinces (réunies) *et qui y auraient obtenu, suivant les lois « qui y sont établies, les droits de citoyen,* devraient, après la « réunion, être considérés *comme citoyens, ainsi que les habi- « tants originaires de ces provinces, ou du moins comme des étran- « gers naturalisés en France*[5]. » Pour l'intelligence de la phrase, il est bon de se rappeler quel était alors le régime généralement admis. Il subsiste encore dans plusieurs parties de l'Europe où l'unité politique n'exclut pas l'autonomie des provinces. Des populations agglomérées sous des dénominations différentes, quoique recevant impulsion d'un même pouvoir dirigeant, forment autant de petits États séparément constitués. Quiconque se serait établi dans l'un d'eux et y aurait obtenu *les droits de citoyen*, conformément aux statuts en vigueur, aurait ainsi lié son sort à celui d'un pays ayant

[1], [2], [3], [4], [5] *Traité des personnes*, tit. 2, sect. 1re.

Digitized by Google

une existence propre. Quelles que fussent les phases ultérieures de cette existence, il serait juste qu'il les subît.

En peut-il être ainsi en France où l'individualisme provincial a complétement disparu? — Si de chères habitudes et de profondes affections retiennent l'homme au lieu où il est né, si de précieux souvenirs l'y ramènent, le choix d'un domicile n'a pas, à beaucoup près, autant de fixité. Son importance s'amoindrit en raison de la tendance qu'ont aujourd'hui les intérêts à se mobiliser. Il en coûte peu de changer un principal établissement[1], et le sentiment de la patrie prédomine.

La position du *domicilié non originaire* diffère donc maintenant de celle qu'avait prévue Pothier. Quelques jurisconsultes ont pu être trompés par une spécieuse analogie[2], mais d'autres la repoussent[3], et contredisent ainsi dogmatiquement l'opinion exprimée, au nom de l'Allemagne, le 1er septembre dernier.

Si elle s'appuyait sur une disposition expresse, il n'y aurait qu'à se résigner. *Dura lex, sed lex!* Or il n'en est pas invoqué. C'est, au contraire, du silence du traité qu'il est argumenté en disant : « Par le fait même de la cession de l'Alsace et de « la Lorraine, leurs habitants, de nationalité française, deve- « naient Allemands, *sans que cet effet dût même être expressé-* « *ment constaté dans le traité de paix.* » Devant ce droit sous-entendu et tacite, faudra-t-il nous incliner?

Il a pu faire école, car il a été enseigné et a même été longtemps accepté par les populations, mais, en cela comme en beaucoup de choses, le courant des idées a changé. Nous sommes bien loin des temps où le colon était attaché à la glèbe. Le fait du prince n'a plus l'inflexible rigueur qui lui fut attribuée à l'époque où prévalait, dans toute l'Europe, le principe d'après lequel la souveraineté sur la terre emportait la souveraineté sur les personnes[4].

Un progrès humanitaire et libéral a tempéré ce qu'aurait

[1] Code civil, art. 102 et 103.

[2] Demolombe, t. I, n° 178; Zachariæ, t. I, § 72; Alauzet, n° 14.

[3] Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° Droits civils, n° 123; Aubry et Rau sur Zachariæ, § 72, note 11.

[4] V. rapport Benoît-Champy sur la loi du 7 février 1851.

Digitized by Google

d'excessif l'acte de la puissance publique, qui ferait passer hommes et choses sous une autre domination. Déjà, au dernier siècle, des publicistes estimés admettaient l'habitant d'un pays annexé à choisir entre son ancienne patrie et celle qui lui était substituée et, en mettant pour condition une translation de domicile, ils ne déterminaient pas dans quel délai elle devrait s'accomplir. Ce n'était faveur ni tolérance : alors comme aujourd'hui, c'était un droit.

S'il n'a pas été primé ou gravement modifié par les derniers accords internationaux, il permettra de résumer, en trois points essentiels, les règles à suivre à l'égard de nos regrettées provinces. Leur cession aura changé la nationalité de ceux-là seuls qui leur appartenaient *par la naissance.* — Il en sera tout autrement *des simples domiciliés.* — Ils seront fondés à attendre qu'un acte ayant pour eux force législative les ait mis en demeure de manifester s'ils entendent rester Français ou devenir sujets de l'empire germanique.

II. Tel a été l'un des principaux objectifs des délibérations de Francfort. En analysant leurs résultats, M. le garde des sceaux écrivait le 30 mars 1872 : « Des graves résultats que « ces actes devaient régler, aucun ne pouvait préoccuper nos « négociateurs au même point, que la réserve et les moyens « pour nos anciens compatriotes de conserver la nationalité « française. » Il n'était pas moins important de déterminer quels seraient ceux qui la perdraient, ces questions ayant entre elles une étroite corrélation.

Pour les résoudre, on s'est d'abord inspiré des principes traditionnels qui viennent d'être rappelés. Ils rendent citoyens ou sujets de l'État conquérant ceux qui *habitent* la terre conquise et y sont *nés*. Le traité du 10 mai 1871 l'entendait ainsi. Il ne laissait planer aucune incertitude sur ceux qui allaient être soumis à l'accomplissement de rigoureuses conditions. C'étaient, répétons-le encore, « les sujets français originaires « des territoires cédés, domiciliés actuellement sur ce terri- « toire. » Rien n'était exigé quand ce double lien, *naissance* et *domicile actuel*, n'existait pas cumulativement.

Nulle équivoque n'a pu se glisser à cet égard au sein de la conférence. S'appropriant les expressions mêmes de l'acte international qui, douze ans auparavant, avait réuni la Savoie et Nice à la France, elle a changé, par la suppression d'un seul

Digitized by Google

mot, le sens d'une phrase dont le surplus était littéralement reproduit. La cession du 24 mars 1860 avait aussi, par son article 6, consacré une faculté d'option. Elle était garantie « aux « sujets sardes originaires de la Savoie et de l'arrondissement « de Nice ou domiciliés actuellement dans ces provinces... » Ce fut assurément avec réflexion que les plénipotentiaires de Francfort retranchèrent la conjonction alternative, réduisant ainsi le nombre de ceux qu'ils assujetissaient à une déclaration et à un déplacement édictés en vue de ne pas laisser les nationalités en suspens.

Est-il besoin de s'enquérir de ce qui a suggéré ce changement de rédaction? Celle de 1860 était trop favorable à une théorie qui, suivant l'expression de M. Alauzet, n° 132 : « ne « découlait pas nécessairement d'un principe de droit public « admis par tous. » Faire dépendre du domicile l'acquisition ou la perte des nationalités, eût été adopter un système qui a ses adhérents et ses critiques. Indépendamment des appréciations de pure doctrine, le rapprochement de ce passé avec l'époque présente n'était-il pas d'ailleurs susceptible d'impressionner de sages esprits. Entre la situation des habitants des deux provinces qu'un libre vote avait détachées du royaume d'Italie et celles des compatriotes que la guerre vient de nous ravir, bien des dissemblances auraient pu être relevées. Le passé n'était pas le même. Événements et transformations historiques tout différait. L'annexion de Nice et de la Savoie s'était effectuée *sans nulle contrainte du vœu des populations*[1]. Celle de 1871 arrachait à la nation française des peuples qui n'étaient pas consultés et qu'une incorporation deux ou trois fois séculaire lui avait complétement assimilés. En fixant un délai à l'option, en réglementant ses douloureuses suites, la nouvelle souveraineté s'affirmait. Il était juste autant qu'humain d'en user sobrement, de restreindre, autant que possible, les effets d'une loi qui produirait des froissements, entraînerait des sacrifices. En dispenser ceux qui appartenaient seulement par le domicile à l'Alsace et à la Lorraine a été, de quelque façon qu'on l'explique, la première pensée du traité de Francfort.

Elle se retrouve non moins clairement exprimée dans la

[1] Traité du 24 mars 1860, art. 1er.

Digitized by Google

convention additionnelle du 11 décembre 1871. Au cours de son élaboration les opinions contraires, qui s'attachaient, l'une au domicile et l'autre au fait accidentel de la naissance, ont été longuement débattues. A la première s'étaient ralliés les plénipotentiaires français. Les Allemands soutenaient la seconde et elle l'a emporté. L'exposé qui fut fait, le 20 du même mois, à l'Assemblée nationale, contient, à ce sujet, d'intéressants détails : « Nous avions, y est-il dit, indiqué le « *domicile* dans le territoire cédé, fait positif et facile à dé- « terminer, comme le *criterium* qui paraissait devoir être « adopté dans la circonstance. Cette opinion a été repoussée « par l'Allemagne qui s'est attachée de préférence à l'idée « plus vague de l'origine et a insisté péremptoirement pour « maintenir, dans la convention additionnelle, l'expression « *originaires des territoires cédés*, employée déjà dans l'acte « du 10 mai..... »

En retenant ces mots on s'était appliqué à les définir. Dans l'une des dernières conférences, la chancellerie fédérale avait fait savoir, par l'intermédiaire de M. le comte d'Arnim, qu'elle interprétait l'expression *originaires* comme s'appliquant à toutes personnes *nées* dans les territoires cédés. Le même diplomate, envoyé extraordinaire d'Allemagne à Paris, ayant renouvelé cette déclaration le 18 décembre 1871, le ministre des affaires étrangères de France en prenait acte dans sa réponse du 29 décembre et donnait aux accords agréés des deux parts des développements d'une grande lucidité : « Ré- « pondant aux questions, que j'avais eu l'honneur de vous « adresser au sujet de la définition du terme *originaires des* « *territoires cédés*, employé dans les conventions entre la « France et l'Allemagne, vous voulez bien me faire savoir que « votre gouvernement considérera comme originaires de « l'Alsace-Lorraine ceux qui sont *nés* sur ces territoires. Je « m'empresse de vous remercier de cette communication, « qui est destinée à résoudre de nombreuses difficultés pra- « tiques et dont il résulte, que *les individus qui ne sont pas* « *natifs des territoires cédés ne seront pas astreints à faire une* « *déclaration d'option pour conserver leur nationalité française*, « *quoiqu'ils puissent être issus de parents nés en Alsace-Lorraine* « OU QU'ILS RÉSIDENT EUX-MÊMES DANS CE PAYS. »

Cette distinction a eu, sans aucun doute, l'assentiment du

Digitized by Google

gouvernement impérial, et telle était la conviction de l'Assemblée nationale quand elle a voté la loi portant ratification de la convention du 11 décembre. Une étude attentive des documents y ayant trait avait eu lieu au sein de la commission, et son rapporteur, après les avoir analysés, ajoutait : « Il ne saurait donc y avoir sur ce point aucune incertitude. « Il est permis d'établir que, d'après le traité du 10 mai, « 1° les individus nés dans les provinces cédées devront faire « une déclaration s'ils désirent être Français; 2° *les individus « qui n'y sont pas nés, y fussent-ils même domiciliés, seront « considérés comme Français sans être astreints à faire une décla- « ration.* (Les négociateurs allemands l'ont admis lors de la « première conférence de Francfort.) »

Dispensée de faire une déclaration, cette seconde catégorie de Français pouvait-elle, comme on l'a prétendu plus tard, être éloignée par contrainte ou soumise, en territoire annexé, à des mesures exceptionnelles[1] ? Consulté sur ce point, le même ministre des affaires étrangères fixait, avec précision, le sens et les effets du traité dont, mieux que personne, il devait avoir pénétré l'esprit. Écrite, le 25 mars, à un habitant de Mulhouse qui appréhendait d'*être astreint, sinon à faire option, du moins à quitter le pays*, sa lettre a été rendue publique[2]. Il y est dit : « Cette solutiou serait non moins inac- « ceptable, car, dès l'instant qu'il a été convenu que l'option « n'était exigible que des originaires, et que, par cette ap- « pellation, il fallait entendre seulement les personnes nées « dans les parties cédées de l'Alsace-Lorraine, les Français « *résidents, mais non nés dans ces territoires*, doivent être con- « sidérés comme les autres étrangers. En d'autres termes, « ces personnes doivent avoir, en Alsace-Lorraine, le même « traitement que celles qui, nées dans l'Alsace-Lorraine et « résidant en France, opteraient implicitement pour la na- « tionalité allemande en s'abstenant de toute déclaration. « *Si l'autorité française doit les regarder comme des étrangers, « l'autorité allemande, de son côté, a les mêmes obligations vis-*

[1] V. instructions de la Société de protection des Alsaciens-Lorrains, *Moniteur* 4 septembre 1872.

[2] Elle est rapportée au *Recueil périodique* de Dalloz, 1872, 4, 25.

Digitized by Google

« *à-vis des Français résidant dans l'Alsace-Lorraine qui n'y sont* « *pas nés.* »

Quoique l'on dût penser, au surplus, du droit d'expulsion ainsi contesté, il laisserait intacte la question de nationalité. Les affirmations multipliées qui l'ont uniformément résolue ont encore été répétées, le 30 mars, par M. le garde des sceaux. En s'étayant de nombreux extraits de correspondance, il déclarait *n'avoir rien à ajouter à ces explications.* Elles sont concluantes en effet. Il eût été difficile de reconnaître plus énergiquement aux Français *non natifs des territoires cédés*, mais y ayant domicile, leur nationalité préexistante.

III. Interpréter ou appliquer différemment les conventions des 10 mai et 11 décembre 1871 serait un véritable anachronisme. Ce serait resserrer, entre les personnes et les localités où elles résident, des liens qu'un patriotisme plus élevé tend à relâcher et à détruire.

Pour suivre cette marche de l'esprit moderne, il suffit de se reporter, par le souvenir, à quelques-unes des annexions survenues dans des conditions et des circonstances bien diverses.

Elles ont assez souvent été volontaires. Strasbourg, ville libre et république, avait, spontanément et de son plein gré, uni ses destinées à celles de notre vieille monarchie, lorsqu'à plus d'un siècle d'intervalle, Mulhouse, Genève et les contrées qui en dépendaient ont, à la suite de délibérations non moins spontanées, demandé en l'an VI leur incorporation qui, acceptée par le Directoire, a été successivement ratifiée les 11 ventôse et 23 floréal. Ces lois ont en même temps reconnu aux dissidents le droit de ne pas accéder au vœu général. Un délai leur était expressément garanti pour se transporter ailleurs avec leur fortune [1].

Lors des remaniements de frontières imposés par la force des armes, des dispositions analogues sont quelquefois intervenues [2]. Il en a été inséré dans les traités de 1814 et de 1815, dont l'autorité était d'autant plus grande qu'ils avaient la sanction de toutes les puissances européennes. En arrêtant,

[1] Article 3 du traité concernant Mulhouse et son territoire; article 2 du traité concernant la république de Genève.

[2] Traité de Campo-Formio, 13 brumaire an VI, article 9.

Digitized by Google

dans un congrès célèbre, une répartition territoriale à laquelle la perpétuité était promise selon l'usage, une coalition victorieuse sauvegardait les droits privés. L'article 17 du traité du 30 mai 1814 portait : « Dans tous les pays qui doi-« vent ou devront changer de maître, tant en vertu du pré-« sent traité que des arrangements qui doivent être faits en « conséquence, il sera accordé aux habitants, *naturels et « étrangers*, de quelques condition et nation qu'ils soient, un « espace de six ans, à compter de l'échange des ratifications, « pour disposer, s'ils le jugent convenable, de leurs pro-« priétés acquises, soit avant, soit depuis la guerre actuelle, « et se retirer dans tel pays qu'il leur plaira de choisir. »

De cette disposition si large ne se dégageait pas seulement une pensée éminemment libérale, assurant aux habitants, même *naturels*, c'est-à-dire originaires des provinces démembrées, le droit de se fixer dans la patrie qui aurait leur préférence, d'en faire le siége de leur fortune, le centre de leurs intérêts. Une autre vérité s'affirmait. Elle devenait une des bases du nouveau droit des gens. Elle excluait toute confusion entre le domicile même prolongé et la nationalité qui, en effet, en est distincte. Le mot *étrangers*, expliqué et complété par ceux-ci : « de quelque condition et nation qu'ils soient, » s'appliquait à *l'habitant non natif du pays qui changeait de maître*. Il n'importait qu'il eût été, pendant son séjour, compté parmi ses citoyens, si l'exercice des droits afférents à ce titre avait été la conséquence de l'une des annexions annihilées par les plénipotentiaires de la sainte alliance. Chacun était rendu à la nation à laquelle il appartenait par sa naissance. Quiconque était issu d'une famille française conservait même nationalité, quelle que fût l'époque à laquelle il était venu s'établir dans les provinces temporairement incorporées à sa patrie.

En parfaite conformité avec les conventions internationales, la loi du 14 octobre 1814 autorisait, par son article 3, le gouvernement à abréger le stage qui devait précéder toute autre naturalisation. Cet adoucissement était réservé aux « individus *nés et encore domiciliés* dans les départements, qui, « après avoir fait partie de la France, en ont été séparés par « les derniers traités... » Pourquoi n'était-il pas question de ceux qui, Français d'origine, étaient venus, avant le démem-

Digitized by Google

brement de ces mêmes provinces, y prendre domicile et l'avaient encore? — La raison en est qu'ils étaient restés Français de plein droit, sans avoir, pour garder ou récupérer cette qualité, ni déclaration à faire ni formalités à remplir [1].

Les négociateurs réunis à Francfort en 1871 avaient une connaissance approfondie de tout ce qui se rapportait à cette œuvre importante de la diplomatie européenne. Ils ne l'ont pas toujours imitée. A la filiation, qui avait été prise pour règle, ils ont substitué le lieu de naissance; mais, dans les conférences qui ont fait prévaloir l'origine sur le domicile, ils ont eu pour guides leurs devanciers de 1814 et de 1815.

La jurisprudence qui a contribué à mettre la pensée de ceux-ci en lumière serait, en certaines parties, utilement consultée. Si quelquefois l'analogie fait défaut, si plusieurs des questions jugées n'auraient qu'un rapport éloigné avec celles pouvant surgir à l'occasion des récents traités, il est des arrêts auxquels la similitude des situations donne, aujourd'hui encore, une autorité peu contestable.

Ils refusent de prendre en considération le domicile *d'un habitant non indigène*, soit qu'il se fût établi dans un département réuni à la France, soit qu'il y fût resté après le démembrement. Dans le premier cas la Cour de Colmar, statuant, le 13 février 1818, sur l'aptitude d'un témoin instrumentaire, a jugé « que la circonstance qu'il s'est trouvé à Mulhouse, « lors de la réunion de cette ville à la France, est absolu- « ment indifférente, parce que la réunion d'un pays frappe « bien sur le territoire et sur les *habitants indigènes du pays* « qui, par cette opération politique, deviennent citoyens, « mais qu'elle ne frappe nullement sur les *non-indigènes* ou « étrangers au pays... » Dans l'hypothèse inverse, le même principe a été appliqué par la Cour de Grenoble, le 23 juillet 1838. « Attendu, porte cet autre arrêt, que Françoise B., « née en France de parents français, n'a jamais perdu la « qualité de Française qu'elle tenait de son origine; — que « la circonstance que son père aurait quitté Monferrat (Isère) « pour fixer sa résidence à Yenne, alors département du « Mont-Blanc, qui plus tard a été détaché de la France, est

[1] Voir en ce sens Aubry et Rau sur Zachariæ, § 72, note 11.

Digitized by Google

« tout à fait indifférente dans la cause, *le fait de la séparation* « *de la Savoie d'avec la France n'ayant jamais pu faire perdre* « *à des Français d'origine cette qualité de Français*[1]. » La Cour de Paris a rendu une décision semblable le 4 février 1840, et et l'on n'en connaît pas qui se soit prononcée en sens opposé.

Loin d'avoir rencontré, à l'étranger, contradiction ou dissidence, cette saine entente des traités y a constamment trouvé appui. La Cour de cassation de Belgique et la Cour royale de Bruxelles ont eu fréquemment à apprécier quel était, relativement aux droits civils et politiques, l'état des Français fixés dans ce pays et ayant continué à l'habiter depuis qu'il avait changé de domination. Dans quelques espèces ce domicile avait duré quinze ou vingt ans et néanmoins ceux qui le conservaient encore ont été péremptoirement déclarés n'être pas devenus sujets du roi des Pays-Bas[2] : « Attendu, est-il dit dans « l'un de ces arrêts, concernant un sieur Biard établi dans la « commune de Reulies (Belgique), qu'il importe peu que, « lors de la réunion de la commune de Reulies à la Belgique, « opérée par le traité de Paris du 20 novembre 1815, ledit « Biard était domicilié dans cette commune depuis quinze « ans ; — attendu que cette réunion n'a pas imprimé la qua- « lité de Belges à tous les habitants de Reulies indistinctement, « mais bien à toutes les personnes nées dans cette commune « quel que fût d'ailleurs le lieu de leur domicile, *par la* « *raison que c'est la naissance et non le domicile qui fait qu'un* « *individu appartient à une nation plutôt qu'à une autre.* »

Toutes ces décisions concordent. Leurs motifs seraient applicables à beaucoup de litiges que l'état de choses existant en Alsace-Lorraine et les diversités d'opinions dès à présent manifestées, donnent sujet de pressentir. Quelles qu'aient été les hésitations de la doctrine son dernier mot et la conclusion à laquelle une étude historique autant que judiciaire doit aboutir, se résument dans ces observations empruntées à MM. Aubry et Rau[3] : « La séparation n'enlève pas leur natio-

[1] Sous cassation, D. P., 42, 1, 92. V. aussi Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° Droits civils, n°s 597 et 598. Alauzet, n° 108 *in fine*, approuve cette jurisprudence.

[2] Chambre de cassation, 3 janvier 1822. — Bruxelles, 12 juillet 1823 et 30 mai 1831.

[3] Sur Zachariæ, 4e édit., § 72, note 11.

Digitized by Google

« nalité aux naturels ou naturalisés Français qui se seraient « fixés dans le pays d'abord incorporé puis démembré..... « D'une part le seul fait de la résidence dans un pays ne suf- « fit pas pour rendre la personne qui l'habite sujet de l'État « auquel ce pays appartient; d'autre part, la séparation ne « peut enlever que ce que la réunion a conféré. Ainsi, elle « laisse subsister la nationalité d'origine [1]. »

ROBINET DE CLÉRY.

BIBLIOGRAPHIE JURIDIQUE ITALIENNE.

Par M. Ernest Dubois,
Professeur à la Faculté de droit de Nancy.

DROIT INTERNATIONAL. (*Suite.*)

Arlia, Brusa, Carle, Esperson.

32. *La Théorie juridique de la faillite dans le droit international privé*, mémoire de l'avocat Giuseppe Carle, couronné par l'Académie des sciences morales et politiques de Naples, dans le concours de 1870, Naples, impr. de l'Université, 1872; 120 p. in-8°, 3 fr. — L'auteur est un jeune agrégé de la Faculté de droit de Turin. Son étude s'ouvre par une introduction historique, suivie d'un exposé des principes rationnels qui servent de fondement au droit international. Passant à l'objet spécial de son mémoire, il recherche d'abord un principe général. Il ne le trouve pas dans la distinction des statuts réels, qu'il repousse comme directement contraire à l'intérêt du commerce, bien qu'elle ait envahi le droit commercial, habituellement mieux préservé des subtilités

[1] Cette étude sera continuée par l'examen des questions suivantes :

1° *De l'influence des lois, règlements, actes de juridiction ou faits postérieurs au traité d'annexion ;*

2° *Du recouvrement de la qualité de Français par les Alsaciens-Lorrains qui l'auraient perdue.*

Digitized by Google

du droit civil. Le principe fondamental, selon lui, n'est autre que celui de l'unité et de l'universalité de la faillite.

Sans doute, ce principe n'est pas nouveau ; Ansaldus et De Luca, dans l'ancien droit, MM. de Savigny et Rocco, de nos jours, l'ont admis. Mais il n'a pas toujours été suivi assez fidèlement, et plus d'une fois son application a été embarrassée soit par la distinction des statuts, soit par d'autres théories. C'est à le dégager entièrement que s'attache M. Carle; c'est là le caractère original et le mérite de son travail. Il maintient ce grand principe avec une puissance de logique et une sagacité remarquables, soit qu'il apprécie les divers systèmes des auteurs [1], les stipulations des traités internationaux et les décisions de la jurisprudence universelle, soit qu'il examine un à un tous les actes de la faillite et résolve les graves difficultés qu'ils soulèvent.

Sa doctrine peut se résumer en ces mots : loi unique, juridiction et liquidation uniques, qui seront celles du domicile du failli, siége unique de la faillite, quelle que soit la nationalité de ses créanciers, en quelque pays que soient ses biens mobiliers ou immobiliers et ses établissements commerciaux.

Le premier acte de la faillite, le jugement déclaratif, fournit un exemple de la manière dont l'auteur concilie sa théorie avec les principes qui y semblent d'abord le plus contraires. La règle, d'après laquelle un jugement étranger ne peut être exécuté dans un autre pays sans y avoir été rendu exécutoire, n'est pas méconnue par lui ; mais de la force exécutoire (*imperium*) du jugement, il distingue l'autorité qu'il appelle *négative*. (V. p. 44-61.) Cette dernière peut, et par conséquent doit être reconnue de plein droit et sans *pareatis;* elle est nécessaire et elle suffit pour empêcher de rendre illusoire le jugement déclaratif de faillite. Ce jugement sera donc, indépendamment de tout *pareatis*, non pas un *titre exécutoire* servant à l'expropriation, mais un document constatant un certain état de choses d'où résultera l'indisponibilité des

[1] Il cite à propos les auteurs italiens, vieux et nouveaux, français, belges, anglais et ceux des allemands qui sont traduits; regrettons, sans le lui reprocher, qu'il n'ait pas pu se servir des ouvrages de MM Thöl Goldsmidt et des autres auteurs allemands non traduits.

Digitized by Google

biens du failli, l'annulation ou l'annulabilité de certains de ses actes, la suspension des actions individuelles de ses créanciers.

L'auteur soutient de même que le concordat homologué par un jugement étranger doit être subi par tous les créanciers sans distinction de nationalité et sans aucun *pareatis*. (V. p. 81-86.) Sur ce point, comme dans tous les autres cas où cela lui semble nécessaire, il n'hésite pas à se séparer des opinions plus ou moins communément reçues, ce qu'il ne fait point d'ailleurs avec témérité, mais bien avec une fermeté justifiée.

Je ne puis que signaler, sans pouvoir en donner ici une analyse qui me conduirait trop loin, les développements relatifs à la situation si complexe des créanciers hypothécaires ou privilégiés sur les immeubles (p. 88-99) et des créanciers qui ont privilége, gage ou autre droit de préférence sur les meubles (p. 100-116). Je suis heureux enfin de donner mon entière adhésion au jugement porté par mon savant collègue de Paris[1], selon lequel « l'étude de M. Carle est assurément la plus complète et la plus approfondie qu'on ait encore consacrée à cette importante question de droit international. »

33. *Droit diplomatique et juridiction internationale maritime*, avec le commentaire de la loi italienne du 13 mai 1871 sur les relations du Saint-Siége avec les puissances étrangères, par M. Pietro Esperson, professeur de droit international à l'Université de Pavie, t. Ier, Turin, Lœscher, 1872; VIII-367 p. in-8°, 6 fr. — L'auteur, déjà connu par plusieurs publications estimées relatives au droit international, entreprend un ouvrage qui devra comprendre en deux volumes le droit diplomatique et la juridiction internationale maritime. Le tome Ier vient de paraître ; il est consacré au droit diplomatique, que M. Esperson appelle, après Eschbach, la procédure du droit international. La matière des consulats en est seule retranchée pour être, dans le volume suivant, réunie à la juridiction.

Le présent volume est divisé en onze titres : 1° Origine des légations (nos 1-4) ; 2° Droit de légation active et passive

[1] M. P. Gide, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1872, p. 173.

Digitized by Google

(nos 9-60); 3° Classification des agents diplomatiques (nos 61-86); 4° Commencement de la mission diplomatique (nos 87-98); 5° Droits et priviléges des agents diplomatiques (nos 99-321); 6° Prérogatives des agents diplomatiques dans les États près lesquels ils ne sont pas accrédités (nos 322-337); 7° Devoirs et fonctions des agents diplomatiques (nos 330-363); 8° Bons offices, médiation, arbitrage (nos 364-416); 9° Congrès et conférences (nos 407-466; 10° Fin et suspension des missions diplomatiques (nos 466-488); 11° Effets de cette fin ou suspension (nos 489-499).

Cet ouvrage est le premier commentaire de la loi italienne du 13 mai 1871 qui a assimilé aux agents diplomatiques les envoyés des puissances étrangères près le Saint-Siége et les envogés du Saint-Siége près les puissances étrangères. L'auteur n'étudie dans cette loi que les dispositions relatives au droit diplomatique, c'est-à-dire l'article 11. Mais ces dispositions ne sont applicables qu'en Italie, l'article 11 précité réglant seulement le traitement que doivent recevoir en Italie les envoyés du ou près le Saint-Siége. M. Esperson joint à son commentaire une autre étude, celle du traitement que, selon les principes de la science, les envoyés du Saint-Siége doivent recevoir à l'étranger, jusqu'à ce que les différents États aient fixé des règles générales à ce sujet. Le principe qui lui sert de point de départ est le suivant : Nonobstant l'assimilation établie par la loi italienne du 13 mai 1871, les envoyés du pape ou accrédités près le Saint-Siége ne sont pas de véritables agents diplomatiques, parce que ni les premiers ni les seconds ne réunissent les deux conditions nécessaires à l'existence du droit de légation, savoir: 1° qu'il y ait représentation d'un État indépendant; 2° que cette représentation soit exercée près d'une autre nation. Sa méthode consiste à déterminer d'abord la condition juridique des véritables agents diplomatiques d'après les principes du droit commun, et à poser ensuite les règles spéciales qui, selon lui, doivent régir la condition juridique des envoyés du Saint-Siége ou près le Saint-Siége.

Digitized by Google

IV

HISTOIRE DU DROIT[1].

Alianelli, Errera, Lumbroso, Niutta, V. Promis, Schupfer, del Vecchio.

ANTIQUITÉ. — 34. *Recherches sur l'économie politique de l'Égypte sous les Lagides*, par M. Giacomo Lumbroso, docteur en droit; mémoire, en français, couronné par l'Académie des inscriptions et belles-lettres (juillet 1869), Turin, Bocca, 1870, XXIII-375 p. in-8°; 4 fr. — Le grand nombre de notions que renferme l'ouvrage de M. Lumbroso, tant sur le droit constitutionnel et administratif que sur le droit civil et commercial de l'Égypte, justifie la place que je lui donne dans ce bulletin. Il ne m'appartient pas d'en signaler le mérite, il est attesté d'une manière assez éclatante par la couronne que lui a décernée l'Académie des inscriptions. Je me borne à résumer le contenu des vingt chapitres qui le composent : 1° prix enregistrés dans les papyrus (blé, pain, vin et autres denrées, étoffes, maisons, etc.); 2° valeur des monnaies et rapport des métaux; 3° état de la population (condition de la femme, des castes); 4° propriété immobilière (modes d'acquisition, donation, dot, achat, succession, usucapion); 5° agriculture (distinction des terres, baux); 6° industrie; 7° commerce; 8° prêt (sur gage, en nature, en numéraire, avec ou sans intérêts, contrainte par corps); 9° roi; 10° hiérarchie de cour; 11° fonctionnaires du palais; 12° administration d'Alexandrie, Ptolémaïs et Naucratis; 13° armée et flotte; 14° administrations locales; 15° prêtres et fonctionnaires religieux dans leurs rapports avec l'État; 16° dépenses de l'État; 17° budget des recettes (impôt foncier et grand nombre d'autres); 18° fermiers de l'impôt; 19° banquiers royaux (trapézites); 20° administration financière. — A la fin du volume se trouvent quatre annexes concernant Aristée, les monnaies ptolémaïques de Turin et une inscription

[1] Quelques-uns des ouvrages relatifs à l'histoire du droit me sont parvenus depuis un temps déjà assez longs; MM. les auteurs sont priés de vouloir bien pardonner le retard.

Digitized by Google

grecque trouvée récemment à Memphis, dont M. Lumbroso donne une explication différente, sur deux points, de celle de M. Miller.

MOYEN AGE. — 35. *Des anciennes coutumes et lois maritimes des provinces napolitaines*, notices et documents publiés par M. Niccola Alianelli, Naples, typ. de Angelis, 1871, XXXVI-242 p. in-8° — Ce volume est le premier d'une publication de haute importance pour les études historiques du droit commercial. Différente à plusieurs égards de la collection des lois maritimes de Pardessus, celle de M. Alianelli ne doit comprendre que les documents des pays napolitains à l'exclusion même de ceux de la Sicile, bien que celle-ci ait été longtemps réunie au royaume de Naples. M. Alianelli ne se propose pas non plus de donner un commentaire complet des documents qu'il édite, mais seulement de les réunir et de les publier en y ajoutant d'ailleurs des notices historiques et des explications. Restreinte sous ces rapports, la collection dont il entreprend la publication ne laissera pas que d'avoir un intérêt scientifique de premier ordre. Outre les rééditions, accompagnées de savantes notes et rectifications des textes déjà publiés, elle comprendra tous les documents d'origine napolitaine qui sont encore inédits. Le présent volume renferme deux de ces documents inédits, l'un de 1178, l'autre de 1155 relatifs à l'office de la Grande Amirauté (*Officio del Grande Ammiragliato*). Il contient, en outre : 1° d'autres chapitres du même Office, déjà publiés soit par M. Tutini, soit par M. Alianelli lui-même ; 2° le statut maritime de Trani, avec un discours de M. Luigi Volpicella[1]; 3° la table d'Amalfi, précédée d'une importante notice historique, tant sur la

[1] Dans ce discours M. L. Volpicella reproduit, avec des développements plus étendus, les opinions qu'il aurait déjà émises dans un discours publié à Naples en 1847 et à Potenza en 1852. Il y maintient notamment que la date du statut de Trani ne peut pas être antérieure aux dernières années du XIIe siècle et que celle de 1183 n'est pas improbable. La date de 1063 est soutenue par MM. Pardessus, *Collection des lois maritimes*, t. V, Paris, 1839; Eugène de Rozière, *Revue historique*, t. Ier, p. 189, Paris, 1855, et Nic. Alianelli dans le *Giurista*, 7e année, n° 48, Naples, 1866. Celle de 1363 est soutenue par M. le comte Frédéric Sclopis, dans son *Histoire de la législation italienne*, Turin, 1840, t. Ier, chap. 5, et nouvelle édition, Turin, 1863, t. IV, p. 192.

Digitized by Google

table elle-même que sur le contrat de *Colonna*[1] (espèce de société maritime), accompagnée de notes comparatives sur les leçons de MM. Volpicella, Gar et Laband, et suivie du chap. XIV des coutumes de la ville d'Amalfi; 4° des chapitres extraits des Grâces et Priviléges de Naples, des Coutumes de Bari et des Statuts de Gaëte; et 5° divers autres textes ou fragments. On peut voir, sur l'œuvre de M. Alianelli, les comptes rendus qui en ont été donnés avec plus de développements, et surtout avec plus de compétence que je ne saurais le faire ici, par M. Laband, dans la *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, t. VII, nouv. suite, 1872, p. 343-50, et par M. Vidari, dans l'*Archivio giuridico*, t. IX., avril 1872, p. 132-7.

36. *Statuts de la colonie génoise de Péra*, édités par M. Vincenzo Promis, Turin, Bocca, 1871, xxxv-232, p. in-8°; 6 fr. (Extraits du tome XI des *Miscellanea di storia italiana*, publiés par la Regia deputazione di storia patria.) — Les statuts de la fameuse colonie des Génois à Constantinople, désignée tantôt sous le nom de Péra, tantôt sous celui de Galata, que publie M. Vinc. Promis, ne sont autres que ceux dont M. Pardessus disait, il y a trente ans : « Nous ne tarderons pas à connaître dans son ensemble le statut de Péra, précieux recueil dont la publication jettera un grand jour sur l'ancienne législation d'une des plus célèbres républiques commerçantes de l'Italie au moyen âge[2]. » Ils devaient en effet être publiés dès cette époque, dans les *Historiæ patriæ monumenta*, par M. Domenico Promis, bibliothécaire du roi à Turin. Comment ne paraissent-ils qu'aujourd'hui? C'est ce qu'explique l'éditeur actuel, son fils, dans une préface où il résume avec précision et clarté l'histoire de la colonie[3] et décrit le manuscrit dont

[1] V. sur le contrat de *Colonna*, M. Giusep. Grossi, *Archivio giuridico*, t. IX, p. 529, Bologne, août 1872 : la question de la date du statut de Trani y est aussi touchée.

[2] *Collection de lois maritimes antérieures au XVIIIe siècle*, t. VI, additions et corrections, Paris, 1848 (p. 584).

[3] V. pour de plus amples développements sur l'histoire de cette colonie, outre les ouvrages généraux, celui du comte Ludovico Sauli, *Della colonia dei Genovesi in Galata*, Turin, 1834, 2 vol. in-8°, et celui de M. Heyd, de Stuttgard, *les Colonies commerciales des Italiens en Orient au moyen âge*, traduit de l'allemand en italien par le professeur Müller, Venise, 1866.

Digitized by Google

il publie le texte, « précieux manuscrit, dit-il, et unique dans son genre, puisqu'on n'en connaît aucun autre qui comprenne toutes les lois faites pour l'administration d'une colonie au moyen âge [1].

Les statuts de Péra sont divisés en six livres. Le premier donne la formule du serment que devait prêter en entrant en charge le *Consul pro placitis* et contient diverses dispositions parmi lesquelles il s'en trouve plusieurs de droit civil (dette alimentaire, autorisation à accorder à la femme veuve en puissance paternelle pour redemander sa dot, etc.); il a 17 chapitres. Le livre II en a 84 : il correspond aux Codes de procédure et à une partie des Codes civils modernes. Le livre III comprend 53 chapitres de lois civiles relatives aux mineurs, aux femmes et aux dispositions de dernière volonté. Le livre IV est le Code pénal, en 51 chapitres, et le livre V, le Code maritime et commercial en 29 chapitres. La date de ces cinq livres est fixée par M. Promis à l'année 1143, ou environ, sauf quelques modifications intercalées postérieurement, et en exceptant peut-être le livre V, ou le droit commercial. Le livre VI contient des lois diverses, notamment celles que fit en 1300, pour les colonies de Romanie, le vicaire que la mère patrie y envoya, et des mesures prises à Gênes en 1304 par les huit sages composant l'office de la *mercanzia*, en vertu de la charge que leur en avait donnée le podestat avec l'intervention de l'abbé du peuple et des anciens.

Éditeur consciencieux et exact, M. Promis s'est attaché à conserver scrupuleusement la langue et l'orthographe de son texte. Il a eu le soin de le faire précéder d'un tableau qui complète d'une manière fort utile son importante publication, en permettant de voir quelles sont les dispositions qui demeurèrent en vigueur jusqu'à la fin du XVe siècle. Ce tableau est divisé en plusieurs colonnes; on voit, dans la première, les chapitres correspondants d'un autre manuscrit de date un peu postérieure à celui qu'il édite (de 1316 ?), dans la seconde,

[1] J'ai vu le précieux manuscrit, grâce à l'obligeance de M. Vinc. Promis, assistant à la bibliothèque du roi : il est d'une belle écriture gothique italienne. Turin en possède la presque totalité ; mais le titre, les premiers feuillets et la table sont à Gênes ; enfin un feuillet (le LXXVIe) est perdu, par où manque la fin du chapitre 262, les chapitres 263 à 266 en entier et le commencement du 267e : on a d'ailleurs les rubriques de ces chapitres.

Digitized by Google

ceux des statuts de Gênes de 1414, et dans la troisième, ceux du texte imprimé à Bologne en 1498 par A. M. Visdomini; une quatrième colonne contient, entre autres indications, celle des dix-neuf chapitres déjà insérés dans la collection de M. Pardessus comme ayant trait au droit maritime.

37. *Sur l'histoire des Génois avant l'an* 1100, *éclaircissements*, par M. Giacomo Lumbroso, Turin, Bocca, 1872, 83 p., petit in-8°, 2 fr. 50. — Ce nouvel écrit de l'auteur est petit de volume, mais plein de substance. Il jette sur une époque obscure de l'histoire du droit, pleine d'intérêt et féconde en enseignements, toute la lumière que peut fournir une érudition du meilleur aloi. Sans omettre les écrits de ses devanciers, il puise directement aux sources dont les extraits occupent une large place dans son savant opuscule. Le point qu'il s'attache particulièrement à mettre en relief est la longue réaction de l'élément romain contre l'élément germanique. Je sens trop profondément mon incompétence pour me permettre de hasarder un jugement en pareille matière. Je me borne à faire connaître les divisions adoptées par l'auteur : § 1er, introduction (domination romaine); § 2, Gênes, siége du clergé milanais (au VIe siècle); § 3, que fut primitivement le *cintracus* (non des *publici tintinnabuli*, comme l'a pensé un instant Du Cauge, mais un *preco*, officier public répondant assez bien au *centenarius* du Code Théodosien et au *decanus*); § 4, conquête de Gênes par les Lombards; § 5, Gênes sous d'autres dominations; § 6, diplôme des rois Bérenger et Adalbert (privilége concédé aux Génois en 958 : opposition entre la *consuetudo* et la *lex* ou *ratio*, c'est-à-dire le droit romain; note curieuse sur les *tertiæ* des femmes mariées); § 7, les marquis jurent d'observer les coutumes de Gênes (réactions diverses du droit romain contre le droit lombard, notamment en ce qui concerne la capacité juridique des femmes et celle des esclaves; notes sur les *pastenatores* et les juges-avocats); § 8, l'archevêque et la commune; § 9, commencements du consulat; § 10, la *compagna* (ancienne institution des Génois; toute leur vie publique et privée en est remplie; c'est la base de l'impôt et de toute la *politique* de l'époque; elle repose, non sur la famille, mais sur l'association, la communauté de travail et d'avoir, la participation du pain, *cum panis*).

Digitized by Google

38. *Irnérius et son école*, par M. Alberto del Vecchio, Pise, typ. Nistri, 1869, 71 p., in-8°. — Cette dissertation mérite d'attirer l'attention non-seulement en raison de son objet, mais encore en ce que, due à un jeune étudiant de troisième année (il en faut quatre en Italie pour le cours normal d'études), elle révèle, suivant l'expression d'un bon juge en ces matières (M. Serafini, *Archiv. giurid.*, t. V, p. 508), « de rares qualités d'écrivain et de critique. » Embrassant dès le début une méthode vraiment scientifique, trop souvent négligée, il a fouillé les archives et les bibliothèques de Bologne, de Florence et de Milan (ces deux villes ayant disputé, sans fondement d'ailleurs, à la première l'honneur d'avoir donné nais sance à Irnérius), pour y chercher s'il y aurait quelque chose d'inédit concernant le grand chef d'école. Quoiqu'il n'y ait rien découvert de nouveau, il ne faut pas moins le féliciter d'avoir compris de si bonne heure la voie à suivre en ces sortes de travaux : ce n'est point une pièce sans importance qu'un procès-verbal de carence. Contraint ainsi par la force des choses à se borner au résumé et à la critique de ce qui a été écrit sur l'école de Bologne, il s'occupe successivement, dans un premier chapitre, des prédécesseurs d'Irnérius; dans le second, d'Irnérius lui-même, de son nom (Garnerius), de sa patrie, du temps où il vécut, des principaux événements de sa vie et de ses travaux; enfin, dans le troisième et dernier chapitre, de son École. Il rattache à la grande révolution communale qui se fit alors en Italie la résurrection de la science du droit romain à Bologne ; il pense que l'influence de la comtesse Mathilde de Toscane sur cette résurrection et sur Irnérius en particulier a été fort exagérée; il croit qu'il n'y a eu aucune interruption entre Irnérius et les *quatre docteurs*.

39. *Sur la législation de l'empereur Frédéric II*, thèse de doctorat, par le même, Florence, typ. coopérative, 1872, 97 p., in-8°, 1 fr. 50. — M. Alb. del Vecchio continue dans cet essai à marquer sa voie dans les études historiques sur le moyen âge. Admirateur des constitutions de l'empereur Frédéric II, il s'attache à justifier le jugement qu'en a porté l'illustre auteur de l'*Histoire de la législation italienne*, M. Fréd. Sclopis, lorsqu'il en a dit qu'elles étaient *plus qu'un acte de puissance, mais une réforme sociale*. Il jette d'abord

Digitized by Google

(chap. 1er) un coup d'œil sur la législation du royaume de Sicile avant Frédéric et sur l'ensemble des constitutions de cet empereur qui forment, non un Code ordonné, mais un vaste recueil de lois, tant de divers princes que de Frédéric lui-même, relatives au droit public et privé, pénal, civil et ecclésiastique. Dans l'impossibilité d'étudier avec détails toute cette législation, M. del Vecchio, réservant les autres parties pour des essais dont il est à désirer qu'il tienne la promesse, s'attache spécialement à l'organisation judiciaire, c'est l'objet de son chap. II, et à la législation pénale, objet de son chap. III. Il revendique pour Frédéric II l'honneur, habituellement attribué à saint Louis, d'avoir le premier aboli, dans une disposition efficace, le combat judiciaire, fixant à 1231 la date de la constitution de Frédéric et à 1260 celle des établissements de saint Louis. Le principal mérite de la législation de Frédéric est, selon le jeune docteur, d'avoir lutté contre la féodalité au profit de l'autorité royale, d'avoir proclamé et sanctionné une égalité des citoyens devant les lois qui est fort remarquable pour l'époque, d'avoir montré un sens admirable dans l'administration de la justice et le choix des magistrats, enfin d'avoir fait sortir d'un immense désordre une administration telle que le royaume de Sicile a pu demeurer tranquille au milieu des troubles du reste de l'Italie.

40. *Les donations entre vifs dans l'histoire du droit italien*, par M. Francesco Schupfer, professeur à l'Université de Padoue (extrait des *Annales de la jurisprudence italienne*, t. V, part. III, p. 58-119), Florence, L. Nicolaï, 1871, 61 p. in-8°. — Cette nouvelle étude d'un auteur déjà connu par des travaux estimés sur le droit romain et sur l'histoire du droit mérite d'être signalée comme une manifestation très-remarquable du mouvement scientifique qui s'opère actuellement en Italie. M. Schupfer y insiste sur la nécessité et l'opportunité de donner une nouvelle direction aux études juridiques dans la péninsule, et de combler une grande lacune qui existe dans la science, en créant une école proprement italienne de commentateurs. Il faut, dit-il, dans ce but, joindre à l'étude du droit romain l'investigation patiente de ses développements ultérieurs dans les lois, les coutumes, l'ancienne jurisprudence et les vieux jurisconsultes de

Digitized by Google

l'Italie, qui, semblables aux Prudents de Rome, contournaient quelquefois la loi, non par ignorance, comme peut l'affirmer aujourd'hui quelque ignorant, mais de propos délibéré et pour la mettre en harmonie avec les exigences de la vie pratique : d'où l'importance qu'avait alors pour le juge la *communis opinio*. C'est pour montrer l'exemple que M. Schupfer a entrepris sur l'histoire des donations entre-vifs une étude puisée aux sources qui viennent d'être indiquées. Les résultats intéressants, soit nouveaux soit perdus mais remis en lumière, auxquels il est parvenu, sont propres à lui susciter des imitateurs. Il est impossible de les faire connaître dans l'espace restreint dont je dispose ici, mais je ne crains pas de dire qu'ils méritent l'attention de tous ceux qui se livrent aux études historiques du droit. Une division en 87 numéros, avec autant de sommaires, rend les recherches faciles. Familier avec les auteurs allemands, M. Schupfer, qui sait y prendre ce qu'il y a de bon, n'hésite pas à se prononcer très-sévèrement sur la manière dont leurs ouvrages les plus renommés, sans excepter celui de Walter, ont traité la matière des donations; il ne leur reproche pas seulement de l'insuffisance et de la légèreté, mais encore des erreurs et des inexactitudes nombreuses. La distinction fondamentale qu'ils ont méconnue, et qui ressort des recherches du savant professeur de Padoue, est celle des donations pures et simples ou proprement dites et des donations *causatives* ou improprement dites, telles que les donations réciproques ou onéreuses et rémunératoires.

Temps modernes. — 41. *La vie et les temps de Daniel Manin*, par MM. Alberto Errera et Cesare Finzi, Venise, Münster, 1872, CXL-380 p. in-8°, 5 fr. — La publication de MM. Errera et Finzi a pour principal objet les documents nombreux et pour la plupart inédits déposés au musée Correr par le général Giorgio Manin, fils de Daniel Manin : elle est précédée d'un récit de la vie de l'illustre patriote italien. Avant de devenir l'homme politique qu'ont fait connaître nombre d'écrivains français et étrangers, Daniel Manin avait montré une précocité et une vigueur d'esprit peu communes dans ses études littéraires et juridiques, et il avait fait paraître sur le droit des ouvrages qui expliquent la place donnée ici au livre de M. Errera. Né à Venise en 1804, reçu docteur en

Digitized by Google

droit à Padoue en 1825, avocat en 1831, il publia dès l'âge de douze ans, en 1816, un traité sur les testaments qui eut en quatre ans deux éditions; à seize ans il traduisait et annotait le fameux livre d'Énoch, *les Égrégores;* à vingt ans il traduisait *les Pandectes* de Pothier. Celui de ses travaux juridiques auquel la postérité peut attacher le plus de prix est une étude sur la *jurisprudence vénitienne* qui parut dans le grand ouvrage *Venezia e le sue lagune*, Venise, Antonelli, 1847. « Ce n'est point, dit M. Errera, un simple rapprochement du droit de la république de Venise et du droit autrichien, mais une exposition faite avec méthode par un jurisconsulte éminent. »

Réunion de plusieurs ages historiques. — 42. *Essai sur l'histoire du droit de famille*, par M. Ilario Niutta, juge près le tribunal civil et correctionnel de Naples, typ. Rocco, 1871, xix-439 p. pet. in-8°; 4 fr. 50. — L'auteur me pardonnera de faire ici l'aveu du premier sentiment que j'éprouvai en voyant le champ si vaste parcouru par lui, tant au point de vue des matières qu'il traite qu'à celui des temps et des législations qu'il embrasse. Voici l'indication abrégée des premières : chap. 1-4, mariage; chap. 5-6, enfants illégitimes, légitimés, adoptés...; chap. 7, autorité maritale, divorce, secondes noces; chap. 8, régime des biens; chap. 9, puissance paternelle; chap. 10, tutelle, majorité; chap. 11, tutelle et capacité juridique des femmes; chap. 12, successions légitimes; chap. 13, disposition des biens par testament et donation; chap. 14, solidarité de famille dans la vengeance et la réparation des offenses. Sur tous ces différents sujets sont résumées les législations hébraïque, égyptienne, hindoue, chinoise et autres orientales, grecque, romaine, germaniques, slaves, scandinaves, canonique, féodale, ainsi que les anciens droits anglais, français, espagnol, italien, etc. L'auteur, dis-je, me pardonnera d'avouer que, ne connaissant point encore son talent d'exposition, j'aie d'abord craint de ne trouver sur chaque chose que des notions peu précises ou peu exactes, comme il arrive trop souvent. J'ai hâte d'ajouter que ce premier sentiment n'a pas tardé à faire place à un sentiment tout différent. J'admire vraiment l'art avec lequel il a su éviter les deux écueils dans lesquels il semblait si difficile qu'il ne tombât point, se perdre dans les détails ou

Digitized by Google

n'être que superficiel. Autant que j'ai pu en juger pour quelques législations, par exemple pour le droit romain, si étrangement défiguré d'ordinaire par ceux qui n'en font pas l'objet spécial de leurs études, M. Niutta expose les principes, d'une manière très-succinte sans doute, mais avec une exactitude de doctrine et une propriété d'expressions qui laisse à chaque législation sa physionomie particulière. Il me semble donc avoir atteint le but qu'il se proposait, « celui de retracer l'esprit des différentes civilisations chez les différents peuples. »

ÉCONOMIE POLITIQUE ET STATISTIQUE.

Errera.

43. *Tableaux statistiques et documents relatifs à l'histoire des industries en Vénétie et aperçus concernant leur avenir*, par M. Alberto Errera; mémoire couronné en 1869 par l'Institut vénitien des sciences, lettres et arts, Venise, Antonelli, 1870, 212 p. grand in-4°, 6 fr. 50;

44. *Monographies des institutions de prévoyance, de coopération et de crédit, de l'industrie et du commerce*, dans la province de Venise, par le même, Venise, Antonelli, 1870, VI-134 p. grand in-4°.— Le premier de ces ouvrages contient un nombre considérable de documents relatifs aux diverses industries dans les provinces de Vicence, Trévise, Vérone, Bellune et Venise : les données se réfèrent principalement, mais non exclusivement, aux années 1868 à 1870. La plupart des tableaux sont empruntés à des publications officielles; quelques-uns sont inédits; ces derniers ont été fournis à l'auteur par les chambres de commerce ou par les établissements industriels eux-mêmes : telles sont les statistiques de la province de Vicence pour 1868, de l'industrie du fer en 1870 et de l'arsenal de Venise en 1869-1870. Le second est divisé en quatre parties : 1° institutions de prévoyance : société de secours mutuel et sociétés coopératives; 2° industrie; 3° établissements de crédit, banques, caisse d'épargne, mont-de-piété; 4° commerce et navigation.

Ces deux importantes publications sont enrichies par M. Errera d'un grand nombre d'observations, de notices his-

Digitized by Google

toriques et de vues sur l'avenir qui semble réservé aux diverses institutions ou branches de l'industrie et du commerce. Dans l'impossibilité où je suis d'analyser ici une aussi abondante collection de documents et d'appréciations, je dois au moins signaler un fait propre à faire apprécier la valeur et la difficulté du travail auquel s'est livré l'auteur : je l'emprunte à son avertissement. Ce travail est le premier de ce genre qui soit publié dans la province de Venise depuis la chute de la république à la fin du siècle dernier, les tentatives ou publications de 1804, 1816, 1827 et 1847 ayant, soit avorté, soit abouti à des résultats mutilés ou fort incomplets. ERNEST DUBOIS.

(Une prochaine livraison contiendra une notice sur plusieurs ouvrages périodiques juridiques italiens, notamment sur l'*Archivio giuridico* de Bologne (suite), sur le *Circolo giuridico* de Palerme, les *Annali di giurisprudenza* de Florence et le *Giornale delle leggi* de Gênes.)

BIBLIOGRAPHIE.

QUELQUES OBSERVATIONS SUR LA LOI SUCCESSORALE

à propos du livre de M. de Cornullier

SUR LA LIBERTÉ DE TESTER.

Par M. Gabriel DEBACQ,
docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris.

Nous avons, dans un précédent article, à propos de l'étude de M. Frétel sur l'inviolabilité de la réserve légale, dit ce que nous pensions des théories de M. Leplay sur le droit successoral. Il ne fallait, écrivions-nous, toucher aux dispositions du Code civil en matière de réserve et de quotité disponible, que pour réduire cette quotité, ou même la supprimer, toutes les fois que le *de cujus* laissait pour héritiers des enfants ou des petits-enfants. A cette solution devaient, d'a-

Digitized by Google

près nous, arriver tous les esprits sérieux, ne se payant pas de mots, ne faisant pas de sentimentalisme et mettant la pratique de la vie, des faiblesses et des vices inhérents à la nature humaine en notre état prétendu de civilisation au lieu et place des utopies et des rêves.

Depuis lors l'école Leplay n'a pas désarmé.

Des modifications ont été proposées à la loi sur les successions, et si l'on veut prendre les choses pour ce qu'elles sont et non pas pour ce qu'elles veulent paraître, il n'est pas possible de se dissimuler que les projets de loi présentés sont l'avant-garde de toute une série de mesures destinées à porter atteinte au principe de la réserve et à assurer au père de famille, comme l'a bien dit M. Batbie, « le pouvoir de déshériter ». La courte discussion engagée sur la prise en considération de la proposition Baragnon démontre qu'il se trouve encore des gens pour se laisser séduire par cette fallacieuse étiquette de liberté de tester, pour s'associer de bonne foi et sans croire mal faire, aux entreprises de cette bande d'individus qui, dans le but d'assurer le triomphe de leurs convoitises, l'assouvissement de leurs haines, la satisfaction de leur vanité, de faire consacrer à leur profit l'inégalité entre ceux que la naissance a faits et que la loi doit maintenir toujours égaux, viennent s'abriter derrière cette grande idée de liberté qu'ils compromettent en la faisant leur complice.

La liberté de l'homme a pour limites ses devoirs.

Si chaque citoyen trouvait en lui-même lumière et force suffisante pour faire toujours ce qu'il doit et ne faire que ce qu'il doit, la liberté absolue serait sans danger. Mais comme nous sommes fort loin de cet idéal, la loi doit tracer à chacun son devoir, l'obliger à le remplir, dût la liberté, ou ce que d'aucuns appellent ainsi, en souffrir.

Il est heureusement encore quelques personnes pour ne point trouver bon tout ce qui s'abrite sous le drapeau de liberté, et discerner ce qu'il y a habituellement de mauvais dans les théories qualifiées de libérales par leurs auteurs.

M. le président Ancelot a, dans les colonnes de la Revue, défendu le principe de l'égalité entre les enfants du même père avec une netteté, une élévation, un sens si pratique, une si communicative émotion, qu'il serait de notre part téméraire de vouloir rien à ajouter son remarquable travail.

Digitized by Google

Nous voulons seulement ici souhaiter la bienvenue à un nouvel adversaire de l'auteur de la réforme sociale, M. de Cornulier. M. de Cornulier peut n'être pas un jurisconsulte ou un économiste de profession, mais c'est un esprit élevé, droit, un vigoureux dialecticien, admirablement au courant de la question qu'il traite, n'ayant négligé aucun précédent, aussi à l'aise avec Guy Coquille ou Domat qu'avec M. Leplay.

Dans sa brochure sur le droit de tester, M. de Cornulier relève avec énergie tout ce que présenterait de périlleux pour la famille et pour la société la liberté absolue de tester accordée au père.

« L'autorité paternelle, dit-il excellemment, est surtout morale, elle n'a rien à gagner à être revêtue d'un pouvoir despotique; la crainte engendre l'hypocrisie qui n'est pas le respect.... Si l'on voit nombre de fils insoumis, ou rencontre également bien des pères égoïstes, légers, peu soucieux de leurs devoirs. Donner au père la toute-puissance, c'est faire de ses enfants des intrigants.... »

Ces quelques lignes indiquent nettement l'esprit qui anime l'auteur. M. de Cornulier n'hésite pas à affirmer que la faculté de tester est contraire aux principes du juste et de l'utile; qu'elle a généralement des résultats pernicieux : il fait mieux que d'affirmer, il prouve.

Après avoir résumé les opinions de ce qu'il appelle avec raison une école soi-disant religieuse, pseudo-économiste et morale, précisé les vues véritables de cette école, démasqué ses sophismes et ses hypocrisies, fait justice, en comparant les diverses législations et leurs résultats effectifs, des théories d'affection présumée, de régénération et de solidarité familiale, et de toute la logomachie des partisans de la liberté de tester, il établit avec une grande rigueur de déduction que le testament est contraire aux données du droit naturel, de la philosophie, et qu'il ne peut être admis en droit civil qu'à la condition d'être considéré comme un simple conseil du *de cujus* à ses héritiers. La loi civile manque à sa dignité, elle faillit à sa mission quand elle s'incline hypocritement devant la fantaisie d'une volonté posthume et irresponsable. Bien loin d'assurer la concorde des familles, elle prépare les luttes. Il faut lire dans le livre de M. de Cornulier l'éloquent commentaire du fameux « proprium humani in-

Digitized by Google

genii est odisse quem læseris » de Tacite; le passage où l'auteur établit avec tant de verve l'inanité certaine des thèses de M. Leplay au point de vue du maintien, par la liberté de tester, de cet élément de progrès que l'école économiste appelle la fortune, où il démontre avec Guy Coquille que tout l'art des hommes pour éterniser les maisons n'empêche pas Dieu de les ruiner; que les maisons ne se maintiennent que par l'union, l'ordre, l'amour du devoir, toutes choses parfaitement incompatibles avec la liberté de tester dont le résultat le plus clair est d'encourager l'hypocrisie, la délation et les haines entre frères.

Il faut donc, c'est la conclusion de M. de Cornulier, répudier le testament et limiter, bien loin de l'élargir, le droit de dispositions accordé par notre loi actuelle aux citoyens.

L'auteur propose de réduire la quotité disponible au cinquième de la succession toutes les fois que le *de cujus* laisse des héritiers en ligne directe, d'établir une réserve entre frère et sœur, oncle et neveu et cousins germains, la quotité disponible étant dans le premier cas fixée au tiers de la fortune du défunt, dans le deuxième à la moitié, dans le troisième aux trois quarts. Au delà du degré de cousin germain, les dispositions testamentaires seraient libres.

Mais il ne faut pas s'abuser, la liberté telle que l'entend M. de Cornulier est loin d'être absolue.

Tel est le respect professé par l'auteur pour la dévolution légale que le legs fait au préjudice d'un successible, quel que soit le degré de celui-ci, ne peut recevoir exécution qu'après avoir été autorisé et approuvé par l'autorité judiciaire. M. de Cornulier propose en conséquence l'addition à l'article 910 du Code civil d'une disposition ainsi conçue :

« Les héritiers appelés à la succession par la loi sont toujours reçus à faire opposition au legs. En présence de ces héritiers les dispositions testamentaires faites au profit d'un particulier n'ont d'effet qu'autant qu'elles sont homologuées par les tribunaux civils.

« Le testateur est tenu, à peine de nullité de la disposition testamentaire de motiver l'exception qu'il prétend opposer à la dévolution légale, d'exprimer la clause finale qui l'a déterminé à disposer comme il l'a fait. Le juge prononce sur le fond même de la disposition du défunt, il l'annule, la con-

Digitized by Google

firme ou la réduit selon qu'il l'estime équitable dans la situation. »

Suivent des dispositions destinées à établir, ou plutôt à rétablir dans les termes de la loi de nivôse an II, la représentation à l'infini en ligne collatérale, à interdire l'adoption à toute personne ayant des parents au degré successible, à fixer les droits des enfants naturels.

Ici M. de Cornulier nous permettra de nous séparer de lui. Il va trop loin. Nous sommes, quant à nous, assez disposé à ne frapper d'indisponibilité testamentaire que les biens de ceux qui ont des descendants légitimes ; nous ne reconnaissons de droits à la fortune du décédé qu'à ceux auxquels le *de cujus* a imposé l'existence.

Quant aux ascendants et aux collatéraux de tous les degrés, nous faisons bon marché de leurs prétentions. Nous ne voyons pas qu'il soit nécessaire d'élargir à leur profit, ou de créer une réserve.

Il ne faut pas faire la loi actuelle plus mauvaise qu'elle n'est en réalité.

Ce serait préparer la voie aux gens de l'école Leplay.

La plupart des inconvénients qu'on reproche à notre droit successoral tiennent moins à la loi même qu'à la manière dont elle est appliquée, à la faiblesse à laquelle les tribunaux se laissent aller au regard de pratiques regrettables, à l'abus des licitations surtout, qui créées dans le but de sauvegarder l'égalité entre les héritiers, font plus que chose au monde les affaires des partisans de la liberté de tester. Qu'il soit bien établi que la vente des biens n'aura lieu qu'au cas d'absolue nécessité ; que les juges-commissaires aux liquidations tiennent la main à l'application énergique du principe des soultes, aux attributions en nature, et la plupart de ces frais de vente qui absorbent les petites successions et écornent outrageusement les moyennes et les grosses seront évités : que d'autre part, et pour éviter les inconvénients d'un trop grand morcellement, il soit bien entendu qu'un immeuble rural, qu'une pièce de terre ne sera divisée qu'autant qu'il sera impossible de faire figurer dans les autres lots, des immeubles, des pièces de terre de valeur égale ou à peu près égale, que dans une succession composée de trois lopins de terre à partager entre trois héritiers, on n'attribuera pas à

Digitized by Google

chacun un tiers de chaque lopin, mais que chaque parcelle sera en son entier attribuée à l'un des copartageants sauf au plus favorisé à tenir compte à ses cohéritiers de la différence à son avantage, et on aura retiré aux sectateurs de M. Leplay, aux soupirants du droit d'aînesse ou d'élection, leur principal grief, celui à l'aide duquel ils peuvent le plus aisément séduire les ignorants, c'est-à-dire le plus grand nombre.

Dans ce sens doivent diriger leurs efforts les partisans heureusement nombreux encore de l'égalité des partages entre enfants de la même famille.

Les abus ont la vie dure, l'abus des licitations plus que tout autre.

Il trouvera pour le défendre tous ceux qui en profitent et il en est beaucoup. Peut-être à l'aide des vieilles habitudes, et surtout de la discipline et de l'esprit de corps de ses partisans, disons-le aussi, de l'indifférence de l'autorité judiciaire, triomphera-t-il de toutes les tentatives de réforme.

Mais qu'on y prenne garde, le jour où l'on saura que la conséquence du principe de l'égalité des partages est la vente toujours, l'absorption, par les frais, de l'actif successoral, et dans tous les cas le passage du bien patrimonial aux mains de l'étranger ou du cohéritier le plus riche, les théories de M. Leplay auront trouvé leur justification. Pour sauver la licitation on aura préparé la voie à l'avénement de la liberté de tester et fait faire un pas à la doctrine impie de l'inégalité.

GABRIEL DEBACQ.

Digitized by Google

DEUXIÈME SUPPLÉMENT CHRONOLOGIQUE AUX PRINCIPES DE L'ENREGISTREMENT

CONTENANT

l'explication de la loi du 28 février 1872,

Par G. DEMANTE, professeur à la Faculté de droit de Paris [1].

Compte rendu par Ch. LYON-CAEN,
Agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Conformément au vœu que nous avons exprimé dans cette *Revue* il y a quelques mois [2] et au désir de tous ceux qu'intéressent, au point de vue de la théorie ou de la pratique, les lois sur l'enregistrement, M. Demante continue à mettre au courant de la législation son traité sur *les principes de l'enregistrement*, en publiant successivement des commentaires des différentes lois fiscales rendues depuis la funeste guerre de 1870-1871. C'est là une entreprise longue, car les lois qui ont touché à nos droits d'enregistrement depuis 1870 sont nombreuses comme les besoins mêmes auxquels elles doivent satisfaire.

M. Demante a déjà donné dans un premier supplément que nous avons annoncé l'explication de la loi du 23 août 1871. Aujourd'hui il nous fournit celle de la loi du 28 février 1872.

Cette loi contient des modifications assez profondes aux principes fondamentaux de notre législation sur l'enregistrement et bon nombre de règles de détail nouvelles. Le savant auteur montre avec une méthode toujours sûre et précise en quoi les dispositions de la loi nouvelle se rattachent à celles des lois antérieures. Pour faciliter ce rapprochement nécessaire, M. Demante a eu l'excellente idée de placer à la fin de son livre une table de concordance dans laquelle sont cités en regard les uns des autres les numéros du passage *des principes de l'enregistrement* à modifier ou à compléter par les passages de ces suppléments qui, quoiqu'ils doivent être divisés en trois petits volumes, portent une seule série de nu-

[1] Paris, chez Cotillon et fils, libraires du Conseil d'État, 24, rue Soufflot, 1 vol. in-8°. Prix : 2 francs.

[2] *Revue critique de législation*. Nouvelle série, t. I, 1872, p. 484 et suiv.

Digitized by Google

méros. Grâce à cette méthode et à cette table qui en est en quelque sorte l'application matérielle, les nouveaux commentaires de M. Demante se distinguent de tous ceux qui ont été publiés jusqu'ici sur les lois de 1871 et de 1872. Ces derniers sont en général des explications détachées de lois nouvelles. Les suppléments de M. Demante sont des appendices à son ouvrage principal. Tous ses efforts tendent à les y relier pour mieux en faire saisir la portée.

Le savant auteur divise en six chapitres son explication de la loi du 28 février 1872. Chacun d'eux correspond à un objet différent de cette loi.

Le premier chapitre, qui contient le commentaire des quatre premiers articles de la loi, est relatif aux modifications qu'elle a apportées aux droits fixes. Ces modifications sont profondes, et ce chapitre est par suite l'un des plus importants de l'ouvrage.

Ces modifications sont de deux natures. Les unes (art. 4 de la loi) ont consisté à augmenter de moitié les droits fixes établis sur les actes *civils administratifs ou judiciaires*. Ce changement est sans doute fort considérable pour ceux qui ont à supporter des droits fixes, mais il n'introduit dans la législation fiscale aucune innovation de principe. Aussi le savant auteur a pu passer assez rapidement sur elle.

Il n'en est pas de même des modifications d'une seconde espèce. La loi nouvelle ne s'est pas bornée à doubler les droits fixes établis sur certains actes qu'elle énumère (partages, actes de société, contrats de mariage, etc.) (art. 1 à 4); elle les a transformés en faisant dépendre leur quotité du montant des valeurs sur lesquelles ils sont établis. Cette innovation a renversé un principe fondamental de notre droit fiscal: « *Tout ce qui n'oblige, ne libère ni ne transmet ne peut* « *donner lieu au droit proportionnel* [1]. » Aussi M. Demante s'est beaucoup étendu sur la nature des nouveaux droits.

Les rédacteurs de la loi nouvelle se sont défendus de faire une modification radicale aux principes de la loi de frimaire an VII. Mais *sermo est rei subjectus, non res sermoni*. L'innova-

[1] Rapport de Duchatel au conseil des Cinq Cents sur le projet de la loi du 22 frimaire an VII. Voir le texte de la partie de ce rapport à laquelle ce principe est emprunté dans les *Principes de l'enregistrement*, t. I, p. 276 2e édition.

Digitized by Google

tion existe bien, puisqu'on fait dépendre les droits autrefois invariables établis sur certains actes des sommes ou valeurs que ces actes expriment.

M. Demante critique avec juste raison l'expression de *droits fixes gradués* employée dans la discussion même de la loi comme impliquant contradiction, et il préfère l'expression de *droits gradués* dont il se sert constamment.

Les *droits gradués* ne diffèrent en réalité des *droits proportionnels* qu'en ce que la proportion du droit aux valeurs imposées est établie d'une façon moins exacte pour les premiers.

Après ces judicieux aperçus généraux sur les *droits gradués*, vient l'examen détaillé de chacun des actes qui y sont soumis et des règles contre la dissimulation de sa valeur dans les actes sur lesquels sont établis ces droits.

Les cinq autres chapitres ont un caractère de généralité beaucoup moins grand que le premier. Il ne s'agit pas dans ces chapitres de changements apportés à toute une classe de droits, mais de modifications aux droits établis sur certains actes spéciaux. Aussi l'article 5 (chapitre 2) soumet à un droit proportionnel de 50 centimes par 100 francs les ordres amiables devenus si fréquents et même les ordres conventionnels qui, suivant la jurisprudence antérieure (Rej., ch. civ., mars 1830, et chambre des requêtes, rejet, 9 mars 1863), y échappaient comme ne constituant pas *des jugements portant collocation ou liquidation* suivant le texte de l'article 7 de la loi du 22 frimaire an VII.

L'article 7, modifiant l'article 11 de la loi du 23 août 1871, met la déclaration des locations verbales à la charge du bailleur dans tous les cas, de telle sorte que depuis la loi nouvelle le bailleur, en cas de location verbale, doit toujours faire l'avance des droits sauf son recours contre le locataire. Cette disposition facilitera le recouvrement de l'impôt en épargnant aux locataires des pertes de temps considérables.

Les dispositions de détail les plus capitales et sur lesquelles M. Demante a donné les explications les plus étendues, sont celles qui concernent les mutations à titre onéreux de fonds de commerce (art. 7, 8 et 9.) Le législateur a appliqué ici la plupart des règles fiscales qui ne régissent d'ordinaire que les mutations immobilières. Les mutations de fonds de com-

Digitized by Google

mercere sont, comme celles des immeubles, soumises au droit proportionnel alors même qu'elles résulteraient d'une convention verbale; il y a lieu pour elles, comme pour celles des immeubles, à expertise en cas de constatation d'insuffisance dans les déclarations de prix, et l'administration peut rechercher les mutations secrètes.

Ces dispositions relatives aux fonds de commerce ont donné lieu à l'Assemblée nationale aux plus vives discussions. Chaque mot a été de la part de M. Demante l'objet d'une explication savante et claire. Comme il arrive souvent, au milieu de ces discussions, la rédaction des articles n'a peut-être pas été suffisamment soignée. Aussi des questions qu'une étude approfondie eût fait apercevoir ont été laissées indécises. Ainsi l'on peut se demander si les mutations à titre gratuit de fonds de commerce sont régies par les dispositions de la loi nouvelle, de telle sorte qu'elles soient assujetties à l'impôt encore qu'elles ne soient pas constatées par écrit. M. Demante (nos 307 et 308) admet que les règles sur la perception obligatoire des articles 8 et 9 s'appliquent aux mutations à titre gratuit. Cette doctrine est, à notre sens, un peu contraire aux principes d'interprétation qui doivent être appliqués quand il s'agit d'une loi fiscale. Dans le doute, c'est en faveur de la dispense d'impôt que l'on doit se prononcer. Or ici le doute est très-grand, car l'article 7 parle seulement des *mutations à titre onéreux* et les articles 8 et 9 se réfèrent évidemment aux actes de la même nature. C'est le cas ou jamais d'appliquer la règle : *incivile est*, etc.

Enfin les règles sur l'enregistrement des lettres de change ont été encore modifiées par la loi nouvelle. Le droit fixé à 25 centimes par la loi du 28 avril 1816 a été porté à 50 centimes. En outre l'enregistrement est exigé, non plus seulement au moment de l'assignation, mais au moment du protêt. Les lettres de change qui jouissaient d'une double faveur au point de vue fiscal, se trouvent assimilées aux autres titres négociables.

Le nouveau livre de M. Demante est en tout digne de ses précédents ouvrages sur l'enregistrement. Le droit civil n'y est jamais perdu de vue, et par le lien qu'il cherche toujours à établir entre les lois fiscales et nos lois civiles, M. Demante donne un véritable intérêt à des matières dont l'aridité est en

Digitized by Google

général augmentée par le défaut de méthode des auteurs qui ont écrit sur elles.

L'étude des ouvrages de M. Demante fait bien comprendre que les matières fiscales pourraient former dans nos écoles de droit l'objet d'un enseignement approfondi. Comme ces ouvrages en font foi, cet enseignement revêtirait facilement un caractère scientifique qui ne le rendrait pas déplacé dans une Faculté[1]. Nous savons bien que les lois fiscales sont expliquées avec un soin particulier et mises en rapport avec les lois civiles dans le cours de droit administratif de notre savant maître, M. Vuatrin. Mais dans nos Facultés de province ces matières sont parfois laissées de côté[2] et il serait à désirer que partout une place plus large pût leur être faite. Espérons que notre vœu sera réalisé si, comme le demande une des sous-commissions pour la réforme de l'enseignement du droit, la durée du cours de droit administratif est portée d'un an à un an et demi. CH. LYON-CAEN.

[1] Nous devons même *les Principes de l'enregistrement* de M. Demante à un cours complémentaire qu'il fut autorisé à faire à la Faculté de droit de Toulouse.

[2] Cette lacune a été reconnue notamment il y a quelques années par la Faculté de droit de Nancy qui demanda, mais en vain, la création d'un cours spécial d'enregistrement.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

1636. Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière et C°, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

de la Jurisprudence.

DES EFFETS, A L'ÉGARD DES CRÉANCIERS DE L'ASSURÉ, D'UN CONTRAT D'ASSURANCE SUR LA VIE, FAIT EN FAVEUR DE SES HÉRITIERS OU AYANTS DROIT.

Par M. H. Rozy, professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

Une personne a passé avec une compagnie un contrat d'assurance en cas de décès, pour *la vie entière*, c'est-à-dire qu'elle a stipulé une somme payable à ses héritiers ou ayants droit au moment de sa mort; et elle meurt avec des dettes. Les héritiers pourront-ils toucher cette somme au détriment des créanciers de leur auteur?

Non, répond un arrêt important, mais isolé, de la Cour d'Aix, en date du 16 mai 1871 [1]. Oui, disent tous les autres arrêts : Lyon, 2 juin 1863 (Sirey, 1863, 1, 202); — Colmar, 27 février 1865 (Sirey, 1865, 2, 337); — Paris, 5 août 1867 (Sirey, 1867, 2, 249); — Besançon, 22 juillet 1872 (Sirey, 1872, 5e et 6e cahier, 2, 222, et *Revue judiciaire des Cours et tribunaux*, 9e, 10e et 11e livraison, 2, 305).

Quant aux auteurs, il y a à peu près unanimité chez eux pour approuver ces décisions. Ils admettent donc que le contrat d'assurance sur la vie peut être un moyen de faire des libéralités, sans être obligé de payer ses créanciers.

Seule, la Cour d'Aix pense le contraire; et je suis fermement convaincu qu'elle a raison. Me sera-t-il permis de remonter le courant de la doctrine et des arrêts, et d'essayer de montrer que cette juridiction a adopté une opinion, non-seulement morale, mais juridique, tout en lui donnant cependant, à mon sens, une formule trop restreinte et trop timide?

I

Et d'abord une observation. C'est que la question posée en tête de ces lignes n'est au fond qu'une face de la question

[1] Voir Sirey, 1872, 3e cahier, 2, 165, ou *Revue judiciaire des Cours et tribunaux*, publiée à Montpellier, 9e, 10e et 11e livraison, 2, 302.

Digitized by Google

plus générale qui se formule ainsi : *le bénéfice du contrat d'assurance sur la vie entière, en cas de décès, fait-il ou non partie du patrimoine de l'assuré?* Entre-t-il ou non dans sa succession ?

D'où il suit :

1° Que si l'assuré avait stipulé expressément en faveur de sa *succession*, au lieu de dire en faveur de ses *héritiers* ou *ayants droit*, il n'y aurait aucun doute. Les créanciers passeraient avant les héritiers.

2° Que ce droit, reconnu aux héritiers, de l'emporter sur les créanciers, dans le cas de stipulation en faveur des héritiers ou ayants droit, ne peut être exercé que dans le cas où ils renoncent à la succession de l'assuré ou bien l'acceptent sous bénéfice d'inventaire. En effet, s'ils l'acceptaient purement et simplement, il est évident que les créanciers de l'assuré, devenus les leurs par suite de la confusion des patrimoines, l'emporteraient sur eux.

J'ai à peine besoin de faire remarquer que la solution de la question générale posée plus haut, entraîne bien d'autres conséquences que celle que nous allons étudier :

Cet avantage est-il soumis aux droits de mutation, comme donation entre-vifs ou comme disposition à cause de mort [1] ?

Est-il susceptible ou non d'être compris dans une demande en séparation des patrimoines ?

Peut-il ou non être frappé de saisie-arrêt par les créanciers ?

Est-il réductible ou non quand il dépasse la quotité disponible ? Est-il ou non rapportable ?

Mais je ne veux m'occuper des effets du contrat d'assurance que relativement aux créanciers.

Voici l'espèce de l'arrêt de la Cour d'Aix :

Un sieur Fredholm, négociant à Marseille, s'était assuré à la compagnie l'*Union*, moyennant une prime annuelle de 1,222 fr. 50 c., qu'il s'obligeait à payer jusqu'à son décès. Cette compagnie devait solder à ses *héritiers* ou *ayants droit* la somme de 50,000 francs. Le contrat contenait faculté d'en *vendre* ou d'en *céder* le titre ; et, en fait, l'assuré l'avait cédé

[1] Voir, sur ce point, le travail si complet de mon collègue M. Deloynes, inséré dans cette revue. Janvier 1872, p. 84, et mars 1872, p. 220.

Digitized by Google

à un créancier de Stockholm, Bergman-Oson, en lui envoyant la police d'assurance et le priant même de la garder comme *hypothèque jusques au remboursement entier*. Depuis ce moment-là, le créancier paya les primes.

La mort de l'assuré arrivée, deux questions se présentèrent :

1° La cession de la police d'assurance était-elle valable ?

2° Comment fallait-il entendre les mots *héritiers* ou *ayants droit ?* Désignaient-ils les individus personnellement ou bien la succession elle-même représentée par eux ?

La première question et sa solution sont étrangères au débat actuel. Négligeons donc la partie de l'arrêt qui touche à ce premier point. Mais voici la citation textuelle des motifs de la décision répondant à la seconde question :

« Attendu que les assurances sur la vie n'étant régies par « aucune loi spéciale, sont encore soumises au droit commun ; « que les avantages stipulés par l'assuré en faveur des tiers « ne peuvent être valables que s'ils ont été consentis confor- « mément à la loi ;

« Attendu que si, aux termes de l'article 1119 du Code « civil, on ne peut, en général, stipuler en son propre nom « pour autrui, l'article 1121 apporte une dérogation à ce « principe ; que, d'après cette disposition, il est permis de « stipuler pour autrui, lorsque telle est la condition d'une « stipulation que l'on fait pour soi-même ;

« Attendu qu'il s'agit donc de savoir : 1° si Fredholm a « contracté pour lui-même ; 2° si, comme condition de ce « qu'il faisait ainsi pour lui, il a stipulé en faveur de ses en- « fants ;

« Attendu, sur le premier point, qu'en contractant comme « il l'a fait avec la compagnie, il agissait d'abord incontes- « tablement dans son *intérêt personnel ;* que, moyennant le « payement d'une prime, *il créait pour lui* une valeur dont il « pouvait tirer personnellement un bénéfice, qu'il *plaçait*, « par conséquent, *dans son patrimoine ;* qu'il se réservait, en « effet, la faculté de *vendre ou de céder* la police, c'est-à-dire « d'en recevoir le prix, la contre-valeur qui devait *entrer né-* « *cessairement dans ses biens ;*

« Attendu qu'il pouvait, de plus, en retirer un autre béné- « fice sans recourir à une transmission, puisque, aux termes

Digitized by Google

« de l'article 4 du contrat, la compagnie s'engageait à lui « racheter, sur sa demande, la police, pourvu qu'elle fût en « cours au moins depuis trois ans, et à lui en rembourser la « valeur sans aucune retenue dans une proportion déter- « minée et convenue d'avance ;

« Attendu qu'il avait enfin le droit de jouir de son vivant « d'une part des bénéfices de l'association, conformément « aux dispositions des articles 9 et 10 de la police, et qu'il « en a usé en touchant, le 20 juillet 1865, une somme de « 519 francs et, le 12 juillet 1867, une autre somme de « 338 francs ;

« Attendu que l'assuré pouvait ainsi tirer de la police di- « vers avantages pour lui-même, soit en vendant, soit en « cédant à intérêts, soit en résiliant avec la compagnie, soit « en touchant une partie dans les bénéfices de l'association; « qu'il est impossible de ne pas voir dans cette faculté un « droit *dont son patrimoine s'était enrichi;* qu'il faut donc en « conclure que Fredholm, en signant ce contrat, avait tout « d'abord stipulé pour son propre compte;

« Attendu qu'en contractant ainsi pour lui, en remplissant « la première condition de l'article 1121, il pouvait encore « stipuler dans l'intérêt d'un tiers, de ses enfants comme de « toute autre personne, et imposer à la compagnie l'obliga- « tion de leur payer une somme à son décès; que cette fa- « culté était légitime en elle-même et conforme au texte de « la loi;

« Attendu que, si Fredholm a réellement stipulé pour au- « trui, il faut seulement rechercher si, en stipulant que la « compagnie compterait à son décès 50,000 francs à ses *hé-* « *ritiers ou ayants droit*, il a stipulé pour ses enfants; si ceux- « ci ont, par suite, un droit propre, personnel, en dehors « de leur qualité d'héritiers, comme l'aurait eu un tiers « quelconque, ou si, au contraire, cette formule générale, « indéterminée, n'implique pas que l'assuré a stipulé pour « ses héritiers, c'est-à-dire pour ceux qui devaient être les « continuateurs de sa personne, en d'autres termes, pour sa « succession;

« Attendu que l'article 1121, en permettant, par excep- « tion, de stipuler au profit d'un tiers, en ajoutant que celui « qui a fait la stipulation ne peut plus la révoquer si ce tiers

Digitized by Google

« a déclaré vouloir en profiter, a implicitement exigé la dé-
« signation du bénéficiaire, sinon par son nom, au moins par
« sa personnalité ; que l'acceptation, qui doit rendre l'avan-
« tage irrévocable, serait impossible s'il était permis d'équi-
« voquer, si l'indication pouvait avoir une double portée,
« si l'individualité n'était pas nettement déterminée ;

« Attendu que, dans l'espèce, l'assuré, au lieu de se servir
« du mot *enfants*, ce qui eût dissipé tous les doutes, a em-
« ployé le mot *héritiers*, c'est-à-dire une expression qui cor-
« respond à l'*hérédité*, à la continuation de la personne, à *la*
« *succession;* qu'à ce mot d'*héritiers*, il a ajouté un terme
« qui s'éloigne encore plus de la désignation de ses enfants,
« celui d'*ayants droit*, dénomination aussi large que possible,
« comprenant tous les successeurs à titre universel et à titre
« particulier ;

« Attendu que les termes de la police n'expriment donc
« pas, de la part de Fredholm, la volonté de stipuler pour
« ses enfants ;

« Attendu que si l'on remarque encore qu'il a fait spécia-
« lement inscrire en dehors des clauses générales et impri-
« mées de la police, muette sur ce point, la faculté de
« *vendre* ou *céder*, on découvre quelle a été, au moment du
« contrat, sa véritable préoccupation ; qu'on voit qu'il cher-
« chait à se créer une réserve, une ressource, pendant sa
« vie d'abord, pour sa *succession* ensuite, un moyen *pour sou-*
« *tenir son crédit ;* qu'il songeait aussi à ceux qui devaient
« lui succéder, mais qu'en s'abstenant de les désigner, en
« les confondant dans son hérédité, il *voulait*, *pour l'honneur*
« *de son nom et de sa mémoire, que le patrimoine réalisé par*
« *ses économies ne leur arrivât qu'après avoir désintéressé ses*
« *créanciers ;*

« Attendu que c'est donc uniquement pour ceux qui de-
« vaient le représenter, continuer sa personne, pour ses hé-
« ritiers, pour *son hérédité* qu'il a stipulé ; que, s'il avait la
« faculté de le faire d'une manière déterminée envers ses
« enfants, il ne l'a pas fait ; que ceux-ci n'ont, par suite,
« aucun droit propre, spécial, personnel, en dehors de leur
« qualité d'héritiers ; que la demande formée en leur nom
« n'est donc pas justifiée ;....

« ...Attendu que Fredholm, seul bénéficiaire de la créance,

Digitized by Google

« soit pour lui-même, soit pour sa succession, a pu trans-
« mettre à Bergman-Oson la police comme il l'a entendu,
« la lui donner, la lui céder en gage; qu'entre eux, il n'y
« avait d'autres formalités à remplir que l'expression de la
« volonté; que sa volonté que Bergman fût payé du montant
« de sa créance résulte, de la manière la plus expresse, de
« sa lettre du 14 février 1864 précitée; que ses héritiers, qui
« le représentent, qui sont à son lieu et place, n'ont aucune
« objection à faire à ce mode de transmission; qu'ils doivent
« accepter le fait accompli par leur auteur;

« Par ces motifs, etc. »

« Appel par les héritiers Fredholm.

« Arrêt.

« La Cour; — Adoptant les motifs des premiers juges;

« Confirme, etc. »

Au premier abord, cet arrêt semble n'être qu'un arrêt d'espèce, ne contrariant pas, au point de vue des principes, ceux qui laissent profiter les héritiers du montant de l'assurance au détriment des créanciers; et c'est ce que dit l'annotation de l'arrêt dans la collection Sirey. En rapprochant, en effet, les diverses circonstances que cette décision a relevées, on peut être amené à conclure que le créancier n'a triomphé vis-à-vis des héritiers de l'assuré que :

1° Parce que la police d'assurance contenait la faculté de la céder;

2° Parce qu'elle avait été remise en gage au créancier;

3° Parce que l'assuré s'était servi des expressions vagues et générales d'*héritiers et ayants droit*, et que la solution eût été différente s'il avait dit : *enfants*.

Mais un examen plus attentif fait découvrir de véritables affirmations de doctrine dans l'arrêt de la Cour d'Aix. Ainsi on y voit, d'abord, la démonstration de cette idée que le bénéfice d'une assurance sur la vie fait partie du *patrimoine* de l'assuré. Or, au contraire, l'arrêt de Colmar, cité plus haut, dit formellement : « Le capital assuré n'est pas une *valeur de* « *la succession;* » celui de Paris : « Le bénéfice de l'assurance « n'ayant jamais appartenu à l'assuré *n'a jamais été ni pu être* « *dans son patrimoine;* » et enfin celui de Lyon : « Le mon- « tant de l'assurance n'est point une valeur qui ait été *placée* « *dans le patrimoine de l'assuré et qui ait eu à en sortir.* »

Digitized by Google

Peut-on voir contradiction plus flagrante dans l'exposition des principes?

L'arrêt d'Aix déclare également que l'expression d'*héritiers* corroborée, cela est vrai, par celle d'*ayants droit*, doit s'entendre comme si l'on avait dit *la succession;* et les autres arrêts disent *tout l'opposé,* à propos d'espèces où les expressions d'*ayants droit* se trouvaient également dans les polices d'assurance. (Voir l'arrêt de Paris où il est parlé seulement d'*ayants droit* et celui de Besançon où l'on parle, comme dans celui d'Aix, d'*héritiers* et *ayants droit*.)

Mais voici surtout son affirmation capitale, celle qui constitue la haute moralité de la décision, c'est que « l'assuré « voulait, pour l'honneur de son nom et de sa mémoire, que « le patrimoine réalisé par ses économies n'arrivât à ses hé- « ritiers qu'après avoir désintéressé ses créanciers. » — Et alors la conscience est soulagée. Enfin on voit reparaître cette vérité de justice et de droit pratique : *Non sunt bona nisi deducto ære alieno.*

Il est vrai que l'arrêt ajoute que si le père de famille avait dit taxativement : *enfants*, au lieu de *héritiers*, ces enfants auraient eu alors un droit *propre*, *spécial*, *personnel*, en dehors de leur qualité d'héritiers; ce qui amène à conclure, par argument *à contrario*, qu'ils n'auraient plus représenté la succession de leur père et qu'ils auraient été dispensés de payer ses dettes. Mais on sait combien ce mode d'argumenter *à contrario* est loin d'offrir une sûreté absolue. Et puis, quelle contradiction impossible à admettre ! Comment ! la Cour d'Aix affirme que l'assuré a songé à l'honneur de son nom, et qu'à cause de cette préoccupation, il a dû vouloir que ses dettes fussent payées par des héritiers *quelconques;* et en même temps elle déciderait que s'il avait spécialement songé à ses *enfants*, il les aurait dispensés d'avoir souci de cet honneur, et aurait voulu qu'ils s'enrichissent, sans payer les dettes de leur père ! — C'est inadmissible.

II

Il y a donc, dans l'arrêt d'Aix, des affirmations de principes, en dehors de la prise en considération des faits de la cause. A notre tour maintenant d'appuyer ces affirmations.

Digitized by Google

Laissons d'abord de côté toute argumentation juridique sur le caractère du contrat d'assurance en cas de décès, et interrogeons la conscience et ses impressions. Un homme meurt laissant des ressources et des dettes; et ses héritiers, si intéressants qu'ils soient, veuve et enfants pauvres si on le veut, pourront recueillir l'actif sans payer le passif de celui qui fut leur mari et leur père! Qui pourra constater un pareil fait sans tressaillir un peu? C'est que les fibres intimes de nos sentiments moraux ont été atteintes.

— Mais les créanciers n'ont pas dû compter sur ces ressources. — Qu'importe, elles existent, elles doivent passer dans leurs mains. L'héritier n'est autre que le débiteur lui-même : c'est la fiction légale, bien ancienne, essentielle au premier degré. Sans elle, nul n'oserait accepter la promesse de son semblable.

Mais il y a une combinaison savante qui a fait passer les valeurs, créées par le père, entre les mains de ses héritiers en franchissant ses créanciers. La science qui organise pareil résultat est pernicieuse. Il n'y a point d'actif sans passif.

La solution qui permet aux héritiers de ne point payer les créanciers de leur auteur ne paraît donc pas morale. N'y a-t-il pas bien des chances pour qu'elle soit peu juridique? Voilà un premier pas de fait.— Avançons.

Quand un assuré a stipulé, moyennant une prime plus ou moins considérable, suivant son âge, qu'une somme serait payée, à l'époque de son décès, à ses héritiers ou à ses ayants droit, ou à ses ayants droit tout seuls, qu'a-t-il voulu faire, qu'a-t-il fait raisonnablement, naturellement?

Il est probable qu'il a consulté les personnes qui connaissaient le mécanisme des assurances sur la vie; il aura aussi vraisemblablement ouvert quelques-uns des prospectus des compagnies. Or qu'y aura-t-il vu, parmi toutes les combinaisons diverses proposées par elles? Que l'on pouvait constituer un capital payé à telle époque de sa propre vie, ou bien payable seulement après sa mort. La première combinaison est celle des gens qui ne pensent qu'à eux et nullement à leurs créanciers ou à leurs héritiers, c'est celle des égoïstes. Il ne l'a point employée, il pense donc à d'autres qu'à lui. Il n'est point égoïste : voilà qui est certain.

Qu'aura-t-il vu également dans ces prospectus? C'est que

Digitized by Google

l'assurance à l'aide de laquelle on obtient un capital, payable après le décès de l'assuré, est également un moyen de se procurer du crédit, de trouver des emprunts, faciles en cédant son titre en tout ou en partie, un peu moins aisés, sans céder le titre. Il n'y a pas une de ces annonces qui ne rappelle cet avantage de l'assurance. Et cet homme qui vient de prouver qu'il n'est point égoïste, qu'il se dépouille d'une partie de ses ressources dans l'intérêt des autres, serait réputé avoir voulu constituer ainsi un capital, pour le mettre à l'abri de ses créanciers, soit antérieurs, soit postérieurs à son acte! Est-ce assez invraisemblable? Et, d'ailleurs, est-ce que l'intention frauduleuse peut jamais se présumer?

Mais on m'arrête ici, sans doute. Vous discutez des vraisemblances, me dira-t-on, et vous oubliez le langage employé par l'assuré et dont le sens est fort clair. Il a dit que le montant de l'assurance serait payé à ses *héritiers* ou *ayants droit:* il lui eût été si facile de remplacer ces expressions par celles de *succession;* et alors nulle incertitude. Les héritiers n'auraient pu la recueillir qu'à la condition d'en payer les dettes.

A cette objection, que de réponses! Est-ce que l'assuré rédige lui-même la formule de sa police d'assurance? Le contrat est tout prêt quand on le signe. On a indiqué préalablement quelle sorte d'avantages on voulait obtenir : c'est une assurance en cas de décès. Les compagnies ont une formule toute prête : *héritiers* ou *ayants droit* en même temps, ou *ayants droit* tout seul. On croit sa pensée suffisamment rendue, et l'on ne fait aucune objection. Voilà ce qui a lieu le plus souvent; j'en ai fait l'expérience personnelle.

Mais c'est une imprudence de l'assuré de signer ainsi et d'accepter une formule qu'il n'a point rédigée. — Peut-être. Voyons de plus près.

Sont-ce là des expressions tout à fait impropres à désigner la succession que celles que nous discutons? D'abord, quand le mot *ayants droit* est employé seul ou accompagné du mot *héritiers*, est-ce qu'il n'embrasse pas aussi bien les créanciers que les héritiers? *Ayants droit*, c'est-à-dire qui ont des droits leur venant d'une telle personne, cela ne comprend-il point tous ceux qu'un lien juridique quelconque relie à un autre?

Il y a mieux, la Cour de Colmar reconnaît que l'expression

Digitized by Google

héritiers — dans l'espèce, il était employé seul — a deux sens, un sens *usuel* et un sens *doctrinal;* que dans le sens doctrinal, sans doute, il est synonyme de succession, mais qu'il est probable que l'assuré l'a pris dans le sens usuel où il désigne plutôt les personnes vivantes que la personne morale de la succession. Pourquoi donc ne pas admettre, au moins avec autant de vraisemblance, que l'assuré a parlé le langage doctrinal et, comme le pense la Cour d'Aix, a voulu, en employant le mot *héritiers*, se servir d'une expression qui correspondît à l'hérédité, à la continuation de la personne, à la *succession?* Peut-être, d'ailleurs, est-ce un tort que de trop insister sur la valeur des expressions de la police d'assurance, pour rechercher la véritable intention de l'assuré. Comme le dit M. Deloynes dans l'article déjà cité plus haut, « ce « n'est point à l'aide de l'expression *héritiers* que l'on pourra « déterminer l'intention des parties; on y parviendra en s'at- « tachant à la *nature du contrat* et au *but* que se proposent « les parties [1]. »

Il a parfaitement raison; mais j'ajoute quelque chose de plus : c'est que, lorsqu'on recherche ce que l'on doit donner de force légale et juridique à un contrat, il ne suffit point de rechercher ce qu'ont *voulu* les parties, mais il faut savoir aussi ce qu'elles ont *pu* vouloir. Tout n'est pas permis, en matière de conventions.

Or, voilà surtout ce que je soutiens, dépassant ici, je le reconnais, la doctrine de l'arrêt de la Cour d'Aix, c'est que la personne qui assure sa vie n'a pas le droit de laisser le bénéfice du contrat à des successeurs *quelconques*, en négligeant complétement ses créanciers.

Car enfin, ou les créanciers sont antérieurs au contrat d'assurance, ou ils sont postérieurs. S'ils sont antérieurs, l'assuré, en payant les primes, souvent assez chères, à la compagnie, diminue son avoir, c'est-à-dire le gage de ses créanciers. Qu'ils intentent l'action Paulienne, m'objecte-t-on. Mais c'est un moyen impossible. D'abord, ils devraient prouver la fraude organisée contre eux. Mais peut-être que l'assuré a précisément songé à leurs intérêts en assurant sa vie. La fraude n'existe point du tout dans son cœur; ce sont

[1] *Revue critique*, 1871-1872, p. 96.

Digitized by Google

les arrêts qui l'y placent et l'encouragent, sans y prendre garde, en admettant que les héritiers doivent l'emporter sur les créanciers. Puis, pourquoi les créanciers intenteraient-ils un procès pour faire tomber un contrat dont les résultats, à la mort des héritiers, pourraient être excellents pour eux, si la jurisprudence adoptait la doctrine que je soutiens? Et ne sont-ils pas pardonnables d'avoir nourri cette espérance?

Ou les créanciers sont postérieurs au contrat d'assurance. Eh bien! est-ce qu'ils ne pourront pas aussi avoir été trompés, dans le cas où les héritiers l'emportent sur eux? Peut-être n'ont-ils consenti à traiter avec leur débiteur que parce qu'ils le savaient assuré. Il est certain qu'en Angleterre, le contrat d'assurance est le plus souvent la raison décisive des actes passés avec les commerçants et surtout avec ceux qui ont à courir les chances de la navigation.— Là il n'y a pas un capitaine de vaisseau qui ne soit assuré.— Pourquoi en France les mêmes mœurs ne commenceraient-elles pas à s'introduire?

Mais les créanciers postérieurs au contrat sont bien imprudents de ne pas avoir demandé la cession de la police?— Non. Le débiteur les a suppliés, leur a prouvé que la cession nuirait à son crédit, et ils ont consenti à attendre sa mort. — Mais ils ont vu dans la police ou ont dû apprendre que l'assurance était faite en faveur des héritiers. — Qu'importe, ils ont cru que la maxime : *Non sunt bona nisi deducto ære alieno*, était encore en pleine vigueur, comme dans tout pays civilisé, et ils ont ajourné leurs espérances jusqu'au moment de la dévolution des biens. A-t-on le droit de les tromper aussi cruellement?— Enfin, me dira-t-on, voilà précisément ce qui est contesté, c'est que le bénéfice de l'assurance soit dans les *bona*, dans l'hérédité, dans le patrimoine de l'assuré. C'est vrai. Abordons maintenant avec résolution ce point capital de la discussion.

III

Le bénéfice de l'assurance n'est pas dans le patrimoine de l'assuré, soutiennent en général les arrêts. Mais où est-il? Dans quel inventaire faut-il donc le classer? Car, enfin, il ne peut pourtant pas demeurer en l'air.

Digitized by Google

Certes les adversaires de ma thèse répondent en grand nombre. Mais quelle diversité dans leurs réponses, quelquefois même quelle confusion !

« C'est une véritable donation, dit M. Deloynes, que l'as-« surance sur la vie d'autrui; elle opère *aliénation* et *des-« saisissement*, et, la condition du décès se réalisant, elle « *rétroagit au jour même du contrat*[1]. » Il ajoute que « le « bénéficiaire ne doit pas être assimilé à un institué con-« tractuel. » — Même opinion, ou à peu près, exprimée par M. de Caqueray, le regrettable professeur de Rennes, mais avec une accentuation du droit pour l'assuré de révoquer sa donation, que l'on ne trouve pas chez M. Deloynes, ce qui établit peut-être une nuance entre ces deux jurisconsultes[2].

« C'est une libéralité indirecte, » soutient M. l'avocat général Onofrio, dont les conclusions ont préparé l'arrêt de Lyon de 1863. Il estime qu'elle ne peut être soumise aux règles des donations. (Voir Sirey, 1863, 2, 203.)

« Ce n'est qu'une simple offre de donation. » Voilà ce qu'on lit dans la note qui accompagne, au recueil de Sirey, l'arrêt de la Cour d'Aix du 16 mai 1872. (Voir Sirey, 1873, 2, 65.)

Enfin, d'après M. l'avocat général Descoutures, qui a conclu comme l'arrêt de Paris, « sans doute, le dessaisissement de « l'assuré n'est pas *irrévocable*, tant que le tiers bénéficiaire « de l'assurance n'a point accepté; mais il ne s'ensuit pas « qu'il ne soit pas *intégralement* accompli, au moment même « du contrat. »

Et toutes ces argumentations disparates ont cependant la prétention d'aboutir à la même conclusion : c'est que le montant de l'assurance est toujours demeuré en dehors du patrimoine de l'assuré.

Ah ! si le contrat constitue une vraie donation, ce résultat est acceptable. Mais si ce n'est qu'une offre de donation, la conséquence peut-elle être la même? Est-ce qu'une offre constitue un dessaisissement et un ensaisinement de la valeur offerte? Et puis, comprend-on bien un dessaisissement qui, tout en n'étant pas irrévocable, n'en est pas moins cependant

[1] *Revue critique, loc. cit.*, p. 96 et 98.
[2] *Revue pratique*, vol. XVI, de juillet à décembre 1863.

Digitized by Google

intégralement accompli? Il lui manque bien cependant quelque chose, surtout quand l'objet du contrat n'est pas passé matériellement dans les mains du bénéficiaire. Et faut-il taxer de témérité celui qui pense que cette contradiction, cette confusion dans les moyens qui servent à soutenir une théorie font douter singulièrement de son exactitude, surtout si le point de vue opposé s'appuie sur des raisons plus solides et mieux enchaînées?

Le contrat d'assurance en faveur des héritiers crée, suivant nous, au contraire, une valeur qui est entrée dans le patrimoine de l'assuré. En effet :

1° Tout le monde reconnaît que notre Code civil ne peut accepter ce contrat que comme une application de l'article 1121. Les auteurs, les arrêts le proclament. Or, aux termes de ce texte, on ne saurait stipuler pour autrui que lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait *pour soi-même.* — Il faut donc que nous trouvions dans ce contrat une *stipulation pour l'assuré;* autrement celle faite pour autrui, pour le bénéficiaire du contrat, ne serait pas valable. M. Deloynes lui-même est tout à fait de cet avis. « Dans le contrat d'assurance sur la vie, dit-il, le stipulant « a un intérêt certain, il a une action, donc la convention « est valable aux termes de l'article 1121 [1]. » L'assuré n'est donc pas complétement dessaisi, tant s'en faut, il a une valeur pour laquelle il est armé d'une action : il est donc le maître de cette valeur, et qu'est-ce à dire si ce n'est qu'elle est dans son patrimoine?

2° Personne ne conteste à l'assuré le droit de céder son contrat d'assurance, de l'engager en faveur d'un créancier, s'il veut lui donner un privilége sur cette valeur. Il n'est pas utile pour qu'il ait cette faculté qu'il se la soit spécialement réservée. Or, pourrait-on céder un bénéfice qui ne ferait pas partie de ses biens? Et maintenant, s'il n'en dispose point en faveur d'un seul créancier, quelle est la conséquence? C'est que tous les créanciers viennent au marc le franc et, comme toujours, avant les héritiers.

3° L'assuré a le droit de participer aux bénéfices réalisés par la compagnie, soit en touchant des dividendes, soit en

[1] *Loc. cit.*, p. 89.

Digitized by Google

obtenant une réduction du montant de sa prime, soit en augmentant le montant du capital assuré, s'il ne veut point toucher ces bénéfices.

4° Très-souvent, les compagnies admettent que l'assuré peut racheter sa police, moyennant un prix déterminé qui n'atteint pas, bien entendu, le montant de l'assurance entière, pourvu que les primes aient été payées pendant un certain temps, généralement pendant trois ans. Ne sont-ce pas là des bénéfices et des avantages *actuels* pour l'assuré?

5° Mais, même quand on ne pourrait pas apprécier, à prix d'argent, la valeur dont s'est augmenté le patrimoine de l'assuré, il n'est pas douteux que lorsqu'il a réalisé cet acte de prévoyance, il est plus tranquille pour l'avenir, il a plus de confiance en lui-même. — Le langage a sa philosophie, et elle est fort expressive. L'*assuré* ne doit-il pas avoir plus d'*assurance?* Le travail lui est plus facile, débarrassé qu'il est maintenant des préoccupations cruelles que lui infligeait la crainte de manquer à ses engagements, soit vis-à-vis de ses créanciers, soit vis-à-vis de sa famille. Et l'augmentation des facultés laborieuses et productives d'un individu, n'est-ce point une portion intégrante du patrimoine, méritant bien de figurer dans un inventaire, lors même qu'il n'est pas possible de la chiffrer exactement?

6° Malgré toutes les subtilités, on n'empêchera personne de croire que l'homme qui a assuré sa vie s'est rendu plus *puissant*, plus fort, plus riche. N'oublions pas l'étymologie du mot richesse : *rik* ou *reisch*, supériorité, puissance (racine tudesque). Suivant une formule vulgaire, mais qui fait image, l'assuré présente certainement plus de *surface* qu'auparavant. Et c'est tout naturel; il s'est constitué un débiteur, généralement fort solvable, dans la compagnie d'assurances qui a traité avec lui et qui doit payer ceux qui le représentent. Au lendemain de son contrat, l'assuré sur la vie n'a pas la même situation que la veille : il a créé une richesse, une créance, dont il devra sans doute livrer les éléments à l'aide des primes; mais comme le capital assuré sera toujours plus fort que la somme de ces primes, il a conquis quelque chose. Et parce qu'il a fait une conquête, il est tout simple qu'il la tienne et qu'il la retienne. Mais s'il a des créanciers, ceux-ci qui sont ses conquérants à leur tour, ses vainqueurs, doivent

Digitized by Google

forcément participer à la conquête de leur débiteur, pour laquelle d'ailleurs ils ont indirectement fourni des armes, puisque ces primes payées diminuent le patrimoine de leur débiteur.

7° Enfin, quelles déplorables conséquences entraîne l'opinion opposée ! Et ici je ne parle plus seulement des créanciers de l'assuré.

Comment ! un père de famille aurait ainsi le moyen de gratifier l'un de ses enfants d'une façon immodérée ! Qu'importe? dit-on ; les autres enfants n'ont jamais dû compter sur le montant de l'assurance, les primes ont été prises sur les revenus de l'assuré : *lautius vixisset*. Mais d'abord, qu'en savez-vous ? Et puis quel est le fondement sérieux de cette distinction entre les sommes qui valent comme capitaux et celles qui valent comme revenus ? — Tout dépend de la fortune des gens. Un banquier riche dépense en revenus, chaque année, ce qui constitue le capital d'un commerçant honnête. Puis, les primes peuvent souvent être assez fortes, et alors entamer le capital lui-même.

Même raisonnement, mais encore plus saisissant, si la donation, faite sous forme d'assurance en faveur d'un tiers, va chercher un étranger en dehors des réservataires. Ils ne peuvent pas intenter l'action en réduction : le bénéfice de l'assurance n'a jamais dû compter dans le patrimoine de l'assuré.

Et les communautés établies par contrat de mariage, avec quelle facilité elles seront exploitées par leur chef ! Le mari assure sur sa tête des sommes payables à ses héritiers, à des tiers quelconques, à l'exclusion de sa femme ; et la communauté, qui aura payé les primes, sera cependant privée de tout bénéfice ! — Ainsi, le mari qui ne doit pas augmenter sa fortune propre aux dépens de la communauté, pourra, avec les ressources de cette communauté, augmenter sa succession et favoriser un tiers. Je sais bien qu'on répond toujours par le *lautius vixisset ;* mais j'ai déjà dit ce qu'il fallait pour repousser cette considération.

Sans doute, l'isolement que me fait mon opinion me préoccupe fort. Mais, sur ces derniers points, je ne suis pas tout à fait abandonné. L'arrêtiste qui, dans Sirey, a annoté l'arrêt de Paris de 1867, s'étonne et s'indigne comme moi à

Digitized by Google

propos de l'appauvrissement des communautés conjugales. Puis, sur quelques propositions précédentes, mon collègue à la Faculté de droit, M. Huc, professeur de Code civil, est tout à fait de mon avis, dans le travail qu'il a lu, en avril 1866, à la réunion des sociétés savantes à la Sorbonne. « La libéralité « résultant du contrat d'assurance sera, dit-il, *révocable* pour « cause de survenance d'enfants, d'ingratitude ou d'inexécu- « tion des charges; *rapportable* si elle est faite à un succes- « sible, et *réductible* si elle excède la quotité disponible. »

D'ailleurs, que je sois seul ou non, il m'a semblé qu'il était de mon devoir de pousser un cri et de protester. — En France, les contrats d'assurance sur la vie sont peu connus; on s'en méfie : on craint qu'ils ne cachent des piéges. Ce serait encore augmenter la répulsion instinctive de bien des personnes, et l'augmenter ici hélas! avec raison, que de les présenter, avec presque toute la jurisprudence et la doctrine, comme un moyen légal et juridique de créer une valeur que l'on peut soustraire à ses créanciers. H. ROZY.

DE L'ENSEIGNEMENT DU DROIT ET SPÉCIALEMENT DU DROIT ROMAIN DANS LES FACULTÉS DE L'ÉTAT [1].

Par M. A. Seligman, président du tribunal d'Annecy.

La commission des études de droit a eu pour mission de rechercher les mesures propres à réorganiser l'enseignement du droit en France. Instituée par arrêté de M. le ministre de l'instruction publique, en date du 1er février 1872, elle avait pour présidents MM. les ministres de la justice et de l'instruction publique, et était composée des membres les plus éminents de la Cour de cassation et du professorat.

Depuis nos malheurs, le besoin d'améliorations dans l'instruction publique, à tous les degrés, se fait encore plus vivement sentir.

Profitant des expériences faites chez les autres nations, M. le ministre de l'instruction publique a introduit de sé-

[1] V. le rapport publié par M. Accarias, secrétaire de la commission des études de droit, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* (août 1872).

Digitized by Google

rieuses améliorations dans l'instruction secondaire. Une place plus grande est donnée à l'enseignement des langues vivantes; on a retranché les vers latins, supprimé les thèmes grecs et latins pour consacrer le temps qu'ils prenaient à une étude plus approfondie des auteurs classiques de l'antiquité. On s'occupera davantage d'expliquer aux élèves les anciens dans leurs œuvres, au lieu d'en faire connaître à la jeunesse seulement des extraits sans suite.

Si les humanités, même dans les classes supérieures, n'ont point encore de professeurs spéciaux, comme pour les sciences, cela tient à notre organisation universitaire, à la difficulté de recrutement et au peu de ressources budgétaires. Mais il faut reconnaître qu'il y a dans ce qui a été fait un progrès notable qui nous amènera graduellement vers d'autres perfectionnements. Grâce à ces améliorations partielles, il doit sortir de nos lycées des bacheliers ès lettres mieux préparés pour se livrer à l'étude du droit. Il est nécessaire de rechercher aussi les mesures propres à faire progresser l'enseignement du droit en France.

Depuis la codification de nos lois, l'enseignement avait surtout en vue la pratique des affaires. On faisait abstraction d'une méthode plus scientifique et plus systématique, pour expliquer nos Codes dans l'ordre des matières suivi par le législateur. Le droit romain ne devait être enseigné que dans ses rapports avec le droit français, pour en éclairer les origines. Dans le travail présenté à la commission des études, on revient à la loi du 22 ventôse an XII en réduisant l'enseignement du droit romain à un an.

A partir de 1852, on avait consacré deux années à cet enseignement, et, comme l'a fait remarquer avec raison le rapport de M. Accarias, les études n'en sont pas devenues plus fortes, parce que le professeur aurait meublé la mémoire de ses élèves de curiosités, plutôt que de former leur intelligence par des principes clairs et bien condensés.

Cet aveu de la sous-commission confirme ce que nous disions plus haut, que la méthode surtout a besoin d'être changée dans l'enseignement du droit.

La science juridique est intimement liée à la philosophie, et pour l'une comme pour l'autre, la bonne méthode est le seul moyen de les faire progresser.

Digitized by Google

Si, pour la licence, on comprend que le droit doit être enseigné en vue de faire des praticiens, il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit des hautes études pour le doctorat.

Jusqu'à présent on s'est donc exclusivement occupé dans nos Facultés, depuis la confection de nos Codes, d'en expliquer les articles d'après l'ordre tracé dans la loi elle-même. Comme s'il s'agissait de faire connaître aux élèves une législation positive, dans le but d'en faire une application journalière, on a préféré suivre la méthode exégétique. Mais on comprend que l'enseignement, se mouvant toujours dans le cadre donné, s'attache à la lettre des articles plutôt qu'à la pensée générale et philosophique de la loi, et n'embrasse pas le droit dans son ensemble. Le progrès n'a pourtant lieu dans la science qu'à la condition qu'elle soit pénétrée de l'esprit philosophique.

Si la méthode exégétique se justifie au point de vue pratique, lorsqu'il s'agit de l'explication de nos Codes, pour les raisons que nous avons données plus haut, il est regrettable qu'elle soit également appliquée à l'étude du droit romain. Dans nos Facultés, l'explication approfondie des Pandectes consiste principalement dans l'exégèse d'un ou plusieurs titres du Code de Justinien. Le professeur s'occupe à en commenter le texte et à en pénétrer le sens; il élucide avec une grande habileté les points controversés. C'est là une science de détails remarquable. Mais le lien général de ce droit modèle, du droit romain, est négligé.

Ne pourrait-on pas dire que c'est l'esprit scolastique et de casuistique qui domine dans ce travail, et que la pensée philosophique, qui seule peut conduire à de fortes études, et qui embrasse la science dans son ensemble et dans toute sa hauteur, est laissée de côté ?

« Les Pandectes, dit le rapporteur, ne sont enseignées « aujourd'hui que dans des conférences gratuites que l'on « abandonne à un agrégé, ou dont on surcharge un profes- « seur de droit romain. La sous-commission pense qu'elles « doivent faire l'objet d'un véritable cours, et qu'elles exi- « gent la création d'une chaire spéciale. D'une part, en effet, « le nom même de conférence tend à rabaisser l'importance « de cet enseignement; d'autre part, il offre assez de diffi- « cultés et exige assez de travail pour n'être pas le simple « accessoire d'autres occupations. »

Digitized by Google

Certes, il serait bon de créer une chaire spéciale pour l'enseignement des Pandectes, mais il faudrait, avant tout, que le droit romain fût enseigné à l'aide d'une méthode plus systématique et éclairé par les lumières de l'histoire.

Il ne s'agit pas là de former des praticiens, mais de répandre l'esprit scientifique. Cet enseignement ne doit pas avoir en vue les affaires de tous les jours. Chargé d'une mission plus élevée, il a pour but le progrès de la science juridique. On enseigne le droit romain dans les Facultés, parce que les jurisconsultes romains sont les plus grands maîtres de cette science, dans laquelle aucune nation civilisée n'a pu les égaler. Ils sont les modèles pour l'étude du droit, comme les anciens classiques sont le modèle des lettres. Il ne faut pas plus expliquer le droit romain dans des textes épars, par bribes et par morceaux, comme une curiosité, que les auteurs classiques dans des extraits sans suite. Au contraire, on doit se pénétrer de l'esprit de l'ensemble, si l'on veut en faire profiter la marche de la science.

Il n'est pas sans intérêt, pour le but que nous poursuivons, de donner un aperçu de la manière dont le droit romain a été enseigné, depuis qu'il est devenu pour ainsi dire le droit universel. Nous verrons que l'école française occupait le premier rang jusqu'au XVIIIe siècle. Et si, au XIXe siècle, l'Allemagne nous a surpassés dans cette science, elle n'a fait que continuer les recherches historiques de notre école, et cela principalement grâce aux admirables travaux de deux jurisconsultes d'origine française : Savigny et Thibaut, le premier, chef de l'école historique, et le second, de l'école philosophique.

APERÇU SUR LES MÉTHODES SUIVIES POUR L'ENSEIGNEMENT DU DROIT ROMAIN.

La méthode scientifique appliquée au droit romain depuis la renaissance de son étude dans l'école de Bologne, en Italie, a subi des transformations bien diverses.

On sait que la source principale du droit des Pandectes se trouve dans la forme qui lui était donnée dans le Code de Justinien. Ce Code est divisé en quatre parties : 1° les Institutes ; 2° les Pandectes ; 3° le Codex ; 4° les

Digitized by Google

Novelles. L'ensemble de ces parties s'appelle, depuis les glossateurs, *Corpus juris civilis*. Le droit antérieur à Justinien, comme les législations de ses successeurs sur le trône byzantin, ne fait pas partie du droit romain tel qu'il est parvenu jusqu'à nous, et cela par la raison qu'il ne s'est répandu en Europe que tel qu'il avait été enseigné dans l'école de Bologne. Cette école ne connaissait que le droit Justinien, et encore elle ne l'enseignait pas en entier.

Le signe caractéristique pour savoir ce qui a été admis, c'est *la glose*, c'est-à-dire les explications qu'un professenr a ajoutées au texte, dans le but de faire répandre ces gloses en même temps que le texte. Aussi l'ancien dicton était : « *Quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia.* » Si la glose est absente pour certaines lois, cela provenait soit de ce que les textes manquaient dans les manuscrits des glossateurs, soit qu'ils les trouvaient inapplicables. De même on ne copiait pas les constitutions grecques du Code de Justinien, parce qu'on ne les comprenait pas (*græca sunt non leguntur*). D'un autre côté, sur cent trente-quatre novelles de Justinien que possédaient les glossateurs, quatre-vingt-treize seulement ont été commentées ; ils considéraient les autres comme sans valeur pratique. De plus, les glossateurs ont inséré dans le Codex des lois données par les empereurs d'Allemagne (*authenticæ fridericcianæ*). L'école des glossateurs appliquait, dans ses leçons et ses écrits, la méthode exégétique pour l'interprétation des lois, c'est-à-dire qu'elle s'attachait étroitement au texte, et à l'ordre tel qu'il se trouvait dans les lois reçues. Les notes (*glossa*) mises par les professeurs à côté des textes leur faisaient donner le nom de glossateurs.

Au commencement du moyen âge, depuis la chute de l'empire d'Occident, le droit romain s'était obscurci. Ce n'est que vers la fin du XIe siècle, lorsqu'on eut retrouvé la vraie législation de Justinien, que l'étude du droit recommença et prit son essor à l'école des glossateurs de Bologne.

On ne peut méconnaître l'importance des travaux faits par ces derniers ; ils s'appliquaient notamment à rapprocher, dans leurs explications, les différents passages du *Corpus juris* relatifs à la même matière, et ils ont, par ce travail, facilité l'intelligence des textes. Mais, étrangers aux connaissances historiques, ils n'avaient pu suivre le droit romain

Digitized by Google

dans ses développements et sa filiation successive, et s'attachaient seulement à la législation de Justinien. Le plus célèbre parmi les glossateurs est Accurse, qui réunissait, vers la première moitié du XIe siècle, les gloses originaires, ainsi que les siennes, dans un seul ouvrage, appelé la Glose (*Glossa ordinaria*).

Le défaut du sens historique se faisait sentir, vers la fin du XIIIe siècle et à travers le XIVe et le XVe siècle, dans les écrits des jurisconsultes d'alors, appelés les commentateurs. Ils abusaient de vaines formules scolastiques, au lieu de pénétrer le fond des choses, et recherchaient, avant tout, des subtilités dialectiques. Ils laissaient de côté les sources de la loi, et s'occupaient dans leurs commentaires principalement de ce qu'en avaient dit les interprètes, notamment les glossateurs. C'est pourquoi on appelle les jurisconsultes de cette époque les *commentateurs*. Ajoutez à cela une longueur fatigante et une absence de goût complète dans leurs écrits, qui en rendent la lecture presque impossible.

Par suite de ces défauts, il arriva que, dans le cours d'une année, les professeurs d'alors n'expliquaient que cinq passages du *Corpus juris*. Il y en avait même qui s'occupaient pendant deux mois au seul commentaire de la rubrique d'un titre. Aussi disait-on, dans un manuscrit du XVe siècle, cité par Savigny : « *Scribunt nostri doctores moderni lecturas novas*, « *in quibus non glossant glossas, sed glossarum glossas* [1].

Comme Accurse était le plus connu des glossateurs, Barthole, qui vivait dans la première moitié du XIVe siècle, était le plus renommé des commentateurs.

Le XIVe siècle était le commencement de la renaissance pour les lettres; on s'occupait activement alors des anciens auteurs. Ce réveil dans l'étude des lettres, qui portait les esprits vers les recherches de l'antiquité classique, dans tous

[1] Savigny, p. 259, note G. A ce sujet, le même auteur cite aussi l'opinion d'un commentateur appelé Raphaël Fulgofius, mort en 1427, qui dit : « Nostis quanta sit auctoritas glossatoris. Nam heri dixit Cynus, glossam timendam propter præscriptam idolastram per advocatos : significans quod sicut antiqui adorabant idola pro diis, ita advocati adorant glossatores pro evangelistis. Volo enim pro me potius glossatorem quam textum. Nam si allego textum, dicunt advocati adversariæ partis et etiam judex : credis tu quod glossa non ita viderit textum sicut tu, et non ita bene intellexit sicut tu?

Digitized by Google

le cours des XIVe et XVe siècles, finissait par avoir une influence remarquable sur la jurisprudence, et préparait l'avénement de l'école française, si célèbre dans l'histoire du droit.

Arrêtons-nous un instant à cette école.

DE L'ÉCOLE FRANÇAISE.

Elle commença au XVIe siècle, en introduisant dans l'étude du droit une meilleure méthode.

On s'affranchissait du vain formalisme des commentateurs, et l'on essayait d'appliquer les nouvelles connaissances de l'antiquité à la jurisprudence ; on recherchait le sens du droit romain, en l'approfondissant dans son développement historique; on ne jurait plus sur la parole des maîtres ; on n'interprétait plus comme les commentateurs les gloses des glossateurs. Mais on étudiait le droit dans toute sa pureté, à la lumière de son histoire, en remontant du droit de Justinien aux sources de l'ancien droit romain.

Grâce à cette école, la nouvelle jurisprudence finissait par devenir maîtresse de toute la matière formant le droit romain, dans sa filiation successive, et fournissait ainsi les éléments pour le progrès réel de la science juridique dans toutes ses parties.

Pendant que l'Allemagne se traînait encore dans une pratique obscure du droit romain, l'école française y avait répandu sa vive lumière. La réforme religieuse, qui bouleversait son sol dans les luttes sanglantes des guerres de religion, avait bien moins agité la France, et, au lieu d'épuiser la nation dans des querelles intestines, elle n'avait fait que favoriser les recherches de l'esprit humain par une plus grande liberté de pensée.

Dans le domaine de la jurisprudence, on abandonnait quelque peu le principe d'autorité, pour vérifier les choses au flambeau de l'histoire et de la philosophie. La nouvelle émancipation de l'esprit humain, restant davantage en France dans la sphère des idées, profitait aussi au progrès de la jurisprudence, tandis que l'Allemagne y demeurait complétement étrangère, déchirée qu'elle était par les partis en armes.

Digitized by Google

Le plus grand nom de l'école française est Cujas, qui vivait de 1522 à 1590. Ce prince de la science appuyait surtout sur l'histoire du droit ses immortelles œuvres; mais il avait conservé, dans ses explications des lois romaines, la forme exégétique. A côté de lui vivait un autre jurisconsulte non moins célèbre, Hugues Doneau. Tout en puisant aux sources de l'histoire, ce rival de Cujas abandonna la méthode exégétique des textes romains pour enseigner le droit dans son ordre naturel et philosophique.

Un grand pas était fait vers le nouveau progrès. En s'attachant moins à la lettre, on pénétrait dans l'esprit du droit romain. On dirigeait principalement l'attention à en préciser les idées, et à démontrer le lien systématique entre toutes les parties du droit romain.

N'oublions pas, parmi les célèbres jurisconsultes de cette époque, le président Favre, auteur du *Codex Fabrianus*, qui doit être classé dans l'école française. En effet, le président Favre, comme saint François de Sales, son ami, était en Savoie l'éminent représentant de l'esprit français. Déjà avant Doneau, François Conan (1553) avait, dans ses *Commentarii juris civilis*, suivi la méthode systématique. Citons encore ces gloires de la jurisprudence française dans la science du droit romain : Duarène (de 1509 à 1559), Antoine Cons (de 1517 à 1577), Barnabé Brisson (de 1531 à 1591), Dionyse Godefroy (de 1549 à 1622) et son fils, encore plus grand que lui, Jacques Godefroy (de 1587 à 1652), le savant commentateur du Code Théodosien. Un des héritiers de la méthode suivie par Doneau est le célèbre jurisconsulte Domat, qui publiait, à la fin du XVIIe siècle, un ouvrage intitulé : *les Lois civiles dans leur ordre naturel*. Ce qui fait le mérite de l'œuvre de Domat, ce n'est pas seulement l'ordre rationnel qu'il suit dans l'exposé de ses doctrines, mais c'est aussi parce qu'il les soumet au creuset de la morale la plus épurée, et qu'il les pénètre d'un esprit philosophique vraiment élevé.

En France, au XVIIIe siècle, on voit l'esprit humain s'exercer sur toutes choses, notamment sur les idées qui, se rattachant aux intérêts de la vie réelle, devaient avoir sur les faits la plus forte et la plus puissante influence. Et cependant les acteurs, les meneurs de ces grands débats restent étrangers à toute espèce d'activité pratique, purs spéculateurs qui observent, jugent et parlent sans jamais intervenir dans les

Digitized by Google

événements. Mais il a bien fallu qu'on vînt un jour aux faits, que le mouvement intellectuel passât dans les événements extérieurs ; et comme ils avaient été totalement séparés, la rencontre fut beaucoup plus difficile et le choc beaucoup plus violent.

Si cette activité extraordinaire de l'esprit humain répandait ses lumières partout, elle avait aussi l'inconvénient de n'éclairer rien à fond. Le génie philosophique étend ses ailes sur toutes les branches de l'arbre, mais il n'en touche que la surface. Des notions superficielles se vulgarisaient, la masse des demi-connaissances augmentait; mais le vrai savoir n'eut plus aucune influence réelle.

Ce qui caractérise parfaitement la portée des travaux intellectuels de cette époque, ce fut la forme extérieure qu'on leur donnait. On créa des encyclopédies, on inventa des dictionnaires qui devaient renfermer l'universalité des connaissances humaines. Ainsi furent popularisées certaines doctrines. Mais ce que l'instruction gagna en étendue, elle le perdit en profondeur. Ces collections habituaient la plupart des hommes à ne rien chercher au delà, et l'on décriait ainsi la vraie érudition en persuadant que l'on n'en avait plus besoin. Peu de personnes avaient le courage ou la volonté de remonter aux sources.

Les auteurs d'un journal périodique, qui s'imprimait en 1770[1], conseillaient sérieusement aux souverains qui voudraient composer de nouveaux Codes de n'y point employer de jurisconsultes. Ces savants, s'estimant seuls capables de réformer la législation, croyaient qu'il suffirait d'inventer un nouveau Code pour faire d'un vieux peuple un peuple nouveau, pour substituer à ses institutions et à ses mœurs une candeur native, et le faire rentrer d'un bond dans la simplicité des voies de la nature.

Toutefois, chez les jurisconsultes du XVIIIe siècle, les grandes traditions de l'école française ne s'étaient pas perdues. Mais on doit cependant constater qu'imbus de l'esprit de l'époque, leur science avait plutôt pour but de vulgariser les idées reçues que de les creuser davantage. Le judicieux Pothier, dont les œuvres ont tant servi à la confection de nos Codes, brille plutôt par l'étendue de ses connaissances que par

[1] Journal littéraire dédié au roi.

Digitized by Google

leur profondeur. Si ce jurisconsulte a suivi dans son ouvrage intitulé : « *Pandectæ Justinianæ in novum ordinem digestæ* » l'ordre légal des différents titres du Code de Justinien, il traitait les diverses matières qu'ils contenaient, sans s'astreindre à la suite des textes du *Corpus juris*, et donnait ainsi à l'exposé de ces matières spéciales le lien rationnel et philosophique, tel que sa raison l'avait conçu. C'était donc un mélange de la méthode exégétique et de la méthode systématique se fondant sur l'ordre naturel et rationnel des lois.

L'influence de l'école française ne s'était pas bornée à la France seule : elle se faisait surtout sentir, aux XVIe et XVIIe siècles, dans les Pays-Bas, dont Vinius (1598 à 1657) et Jean Voët (1647 à 1714) sont les jurisconsultes les plus connus.

Pendant la même époque, l'Allemagne n'était pas sortie, dans ses travaux, des besoins de la pratique judiciaire ; les auteurs examinaient le droit romain surtout en vue de l'application devant les tribunaux. Aussi ces écrivains, appelés praticiens, n'ont rien fait pour la vraie science du droit romain. L'école française seule maintenait alors en Europe son rang élevé.

A la fin du XVIIe siècle et au commencement du XVIIIe, la philosophie moderne, qui produisait en Allemagne les Leibnitz et les Kant, s'emparait aussi du domaine du droit. Elle contribuait beaucoup à en approfondir les notions générales, et par suite, à faciliter la conception systématique du droit romain, dont Leibnitz surtout avait apprécié la supériorité. Il reconnaissait aux déductions des jurisconsultes romains la force et la valeur d'un raisonnement géométrique pour l'exactitude des conséquences tirées d'un principe.

C'est surtout à la fin du XVIIIe siècle qu'une nouvelle vie anima en Allemagne la science du droit romain ; son procédé scientifique était le même que celui qui avait déjà donné au XVIe siècle, à l'école française, sa grande impulsion. On abandonnait une pratique dont les bases étaient incertaines, pour remonter aux sources pures du droit. La méthode suivie par les grands jurisconsultes du XVIe et du XVIIe siècle, d'éclairer le droit à la lumière de l'histoire, a été adoptée par l'école allemande, dont le plus grand nom est, sans contredit, Savigny, chef de l'école historique et d'origine française. A côté de lui se place, à la tête de l'école philosophique, Thibaut,

Digitized by Google

galement descendant de Français. La lutte entre ces deux coles n'avait pas trait à la question de savoir quelle est la neilleure méthode pour l'étude d'un droit positif, mais elle ortait plutôt sur le point de savoir comment devait se réaliser progrès de la législation. L'école historique tenait pour son éveloppement successif par la marche de la science, et s'opposait à la codification des lois, tandis que l'école philosohique croyait le moment venu pour introduire en Allemagne ne codification générale.

Pendant qu'en France, à la fin du XVIIIe siècle, on s'éloinait de l'esprit historique, que l'on ne remontait plus aux ources d'où était partie notre civilisation, qu'on vivait de péculations et de systèmes, et qu'on bâtissait un empire léal, l'école allemande suivait l'esprit historique de nos rands maîtres du XVIIe siècle dans l'étude du droit romain.

En recueillant ce riche trésor de science amassé par notre cole, les jurisconsultes modernes de ce pays l'augmentaient n y introduisant un esprit philosophique plus profond, qui onnait aux idées de droit une précision et une force nouelles. Ils s'appliquaient à établir systématiquement le lien nterne qui relie ensemble toutes les parties du droit romain.

Savigny, après avoir été un historien modèle dans son *Histoire du droit romain au moyen âge*, faisait aussi époque, au oint de vue de la nouvelle méthode scientifique, dans son xposé systématique du droit romain en vigueur en Allemagne. Il réunissait à un style admirable de clarté une onnaissance exacte des sources du droit et une profondeur e vue remarquable. Il avait conservé la précision et l'élégance vraiment françaises, que son sang lui avait transmises, ortifiées et rehaussées par la vaste érudition qu'il avait acquise au contact des grands esprits allemands.

Comme lui, toute l'école moderne, en Allemagne, avait bandonné la méthode exégétique. Sans s'attacher au texte, n pénétrait l'esprit du droit romain. Un des plus distingués, armi les élèves de Savigny, est Frédéric Puchta, dont le vre sur les Pandectes mérite d'être mieux connu en France, cause de la clarté et de la précision des idées sur le droit omain, exposées dans un style qui égale celui de Savigny, e qui n'arrive pas souvent parmi les érudits de l'Allemagne. ous devons encore attirer l'attention de nos savants juris-

Digitized by Google

consultes sur l'auteur du droit des Pandectes, M. Windscheid, actuellement professeur de droit romain à Munich, dont l'ouvrage nous fait connaître le dernier état de la science du droit romain en Allemagne.

Quand on lit les écrits de ces savants, on ne peut méconnaître qu'ils nous ont surpassés, et il faut rechercher comment l'école française a perdu le haut rang qu'elle occupait.

COMMENT L'ÉCOLE FRANÇAISE A PERDU SON RANG.

Nous avons déjà dit comment, au XVIIIe siècle, un mouvement extraordinaire s'est emparé des idées de la nation française. Mais, chose remarquable, à aucune époque, le gouvernement des faits, des réalités extérieures, n'a été aussi complétement distinct du gouvernement des esprits.

Aux yeux des novateurs, toutes les constitutions avaient le tort de n'avoir pas été conçues et établies par eux. On méconnaissait les souvenirs historiques de la nation, qu'on espérait refondre dans le moule formé par une vaine philosophie. Aussi, lorsque, du domaine des idées, les conceptions de l'esprit devaient se traduire en faits, elles donnaient lieu à une révolution, dont le choc terrible se fait encore sentir actuellement. Le phénomène qui s'était produit en Allemagne lorsque la réforme religieuse, qui avait commencé par des discussions purement intellectuelles, aboutit à la guerre intestine qui a dévasté si longtemps ce pays, se représente aussi chez nous lors de la Révolution française.

Le foyer lumineux des idées spéculatives, lorsqu'elles cherchaient à s'emparer de la réalité des choses et à transformer la société selon leurs principes, finit par devenir un véritable incendie qui portait la dévastation en France, au lieu d'y répandre une clarté plus vive. Les belles théories conçues par les esprits généreux qui ont précédé la Révolution se sont ternies au contact des sinistres passions qu'elles ont soulevées en France.

Quand, par l'inexpérience de ceux qui ne pensaient qu'éclairer la nation, le feu révolutionnaire avait menacé l'édifice social, on ne pouvait plus songer au progrès. Les hommes sages s'appliquaient, avant tout, à arrêter la marche de l'incendie, au lieu de favoriser l'éclosion des idées nouvelles.

C'est ainsi qu'au XVIe siècle, la réforme religieuse en Alle-

Digitized by Google

magne, étant devenue une arme de guerre entre les mains des partis, consumait tous les efforts de la nation dans la lutte intestine, au lieu de servir alors à son véritable progrès.

Certes, on ne peut méconnaître que cette réforme, dont je ne juge pas la valeur dogmatique, était favorable, par le principe du libre examen, à l'avancement de la science. Aussi, pendant que cette révolution religieuse engendrait une longue guerre fratricide dans le pays même où elle avait pris naissance, elle secondait en France, malgré quelques troubles passagers, le libre essor de l'esprit humain.

Tandis que notre pays souffre de la tourmente révolutionnaire, l'Allemagne, au contraire, à l'inverse de ce qui est arrivé au XVIe siècle, a profité de ce travail de l'esprit humain, dans l'intérêt de la marche de la science, parce que le choc des idées nouvelles n'a pas produit chez elle les guerres civiles qui minent la base du corps social.

L'histoire nous montre qu'ainsi que les inventeurs, les nations sont souvent victimes des idées qu'elles enfantent. Leur cours ressemble à celui de ces fleuves impétueux qui portent la destruction sur les contrées d'où sortent leurs flots violents, et qui répandent, au contraire, lorsqu'ils s'élargissent et s'éloignent de leurs sources primitives, un limon bienfaisant qui fait la richesse des pays limitrophes.

En France, la manie des philosophes du XVIIIe siècle de tout généraliser, sans tenir compte des faits, les rendait ennemis des règles particulières, des restrictions, des tempéraments d'équité, qui semblent faire un art de la raison même. On voulait que les mœurs, le caractère national, que tout enfin s'aplanît sous l'empire de quelque idée générale, et fléchît devant une abstraction.

Les sophistes, pour accréditer leurs erreurs, usent de la même violence qu'emploient les tyrans pour exécuter leurs volontés. Ils ne transigent jamais. Périsse le monde plutôt qu'un principe ! Ils négligent et sacrifient les individus à l'intérêt métaphysique et souvent chimérique de l'espèce. Mais, comme ces abstractions n'ont aucune prise durable sur les hommes, elles ne peuvent prendre racine dans les faits.

C'est ce qui arriva, en grande partie, pour les théories abstraites, sur la législation, des philosophes du XVIIIe siècle.

Heureusement pour la France, les jurisconsultes, à qui était

Digitized by Google

confiée l'œuvre législative, étaient des hommes fortement trempés par les œuvres de notre grande école française. Ainsi, lorsqu'ils s'occupaient à réformer le droit privé en France, ils rompaient le moins possible avec les doctrines de l'époque antérieure.

C'est ce qu'a fait remarquer, dans un mémoire aussi exact pour les faits qu'il cite qu'ingénieux dans ses déductions, M. Vallette, membre de l'Institut et professeur à la Faculté de droit de Paris. Ce travail, lu en décembre 1870 à l'Académie des sciences morales et politiques, est intitulé : « *De « la durée persistante de l'ensemble du droit civil français, « pendant et après la révolution de* 1789. » Le savant professeur démontre que la nouveauté est bien plus souvent dans les mots que dans le fond des choses. Les auteurs des projets de loi annoncent parfois qu'ils rompent avec le passé et refondent tout, pour flatter les goûts et les passions de l'époque; mais ils comprenaient très-bien que le droit privé, qui, selon l'expression heureuse de M. Vallette, est le fond même de notre vie, ne peut s'inventer sans tenir compte du passé, comme si un ancien peuple venait de renaître de ses cendres.

C'est ainsi que Cambacérès, traitant des priviléges, les appelle des droits de préférence entre les créanciers, afin d'éviter, comme le dit M. Accarias, une expression qui eût paru malsonnante à des oreilles plus susceptibles que réfléchies.

M. Vallette nous fait toucher du doigt, dans son travail, comment, dans les différents projets de loi qui ont précédé la confection de notre Code civil, on s'est éloigné successivement des idées trop hardies et des innovations pour renouer le fil des anciennes traditions de notre droit civil. Cambacérès présentait deux projets à la Convention, l'un le 9 août 1793, l'autre le 9 septembre 1794; le troisième était soumis en 1796 au conseil des Cinq-Cents ; le quatrième, enfin, rédigé par Jacqueminot, fut, le 21 décembre 1799, communiqué à la commission législative du conseil des Cinq-Cents. Il ressort de la comparaison de ces différents projets, que fait M. Vallette dans son mémoire, que la tendance révolutionnaire va s'effaçant de plus en plus dans les quatre projets, de telle sorte que le second innove moins que le premier, le troisième moins que le second, et le quatrième moins que le troisième. Peu à peu on fait disparaître ce qu'il y avait d'exa-

Digitized by Google

géré dans le principe égalitaire introduit dans la législation intermédiaire, aux dépens de la vraie liberté, comme, par exemple, de celle de tester. « Pour me borner à quelques « exemples, dit M. Accarias dans son compte rendu du mé- « moire de M. Vallette, le premier projet reconnaissait à « l'homme et à la femme mariée une égale capacité pour « l'administration de leurs biens respectifs. Cette idée ne re- « paraît plus dans les projets subséquents. Les deux premiers « proscrivaient la vente à réméré; elle fut admise dans le « troisième. Dans les trois projets de Cambacérès, la repré- « sentation était consacrée d'une manière absolue en ligne « collatérale; le projet de Jacqueminot la restreignit aux « descendants des frères et sœurs. Enfin, le retour aux an- « ciennes traditions se manifeste plus nettement encore dans « le Code civil de 1804. C'est ainsi qu'il reconnaît le droit de « tester, que les quatre projets précédents proscrivaient. « Ainsi encore consacre-t-il le serment supplétoire, la nul- « lité de certains contrats, pour lésion, et les hypothèques « légales, toutes choses rejetées par Cambacérès, et sur les- « quelles le projet incomplet de Jacqueminot ne s'expliquait « pas. »

En résumé, l'œuvre de la Révolution, maintenue par notre Code civil, ainsi que le constate M. Vallette, peut se ramener à deux idées principales, savoir : l'égalité des biens et des personnes devant la loi, et la pleine séparation du pouvoir spirituel et temporel. Le premier principe s'accusa tout d'abord avec éclat par l'entière abolition du régime féodal et des priviléges seigneuriaux. Plus tard, il entraîna, dans la matière des successions, la suppression des avantages attachés jadis au droit d'aînesse, à la masculinité et à la naissance d'un premier lit, et, dans la matière des donations entre vifs et des testaments, la prohibition des substitutions fideicommissaires. Du second principe découlèrent notamment la sécularisation des mariages, le divorce, aujourd'hui supprimé, la remise des actes de l'état civil à des officiers municipaux et la consécration légale du prêt à intérêt.

Si l'on réfléchit bien, on voit que ces innovations, très-considérables pour l'époque, ne diffèrent pas essentiellement des principes développés dans l'ancien droit romain, tel que nous le connaissons par ses grands jurisconsultes et le recueil

Digitized by Google

de Justinien; l'Assemblée nationale de 1792, en introduisant l'adoption, jusqu'alors inconnue en France, n'avait fait là qu'un emprunt à la législation de l'ancienne Rome.

On est, en général, revenu aux idées du droit romain pur, en se débarrassant de l'alliage féodal que le moyen âge y avait mêlé. Aussi notre Code est un monument de sagesse législative, qui non-seulement soutient la comparaison avec l'œuvre de Justinien, mais qui, sur beaucoup de points, la surpasse, en consacrant le progrès des idées modernes.

Cependant, comme toute œuvre humaine, quelque remarquable qu'il fût pour l'époque, il a ses imperfections. Sous le rapport de l'ordre scientifique, ses différents titres laissent beaucoup à désirer. Ainsi les hypothèques, le droit de privilége sur les immeubles, la prescription acquisitive, etc., ne sont pas liés aux dispositions relatives aux droits sur les choses. On a placé, sous la rubrique des obligations en général, beaucoup de principes qui s'appliquent non-seulement aux obligations et conventions, mais à toutes les parties du droit. Tout ce qui concerne le droit de famille est éparpillé dans le Code civil, au lieu d'être réuni, ce que l'on aurait fait si l'on avait suivi un système bien conçu. Les principes généraux sur les obligations sont séparés par des titres intercalés, des articles relatifs aux divers contrats qu'ils servent à interpréter. Enfin, le Code civil contient une foule de dispositions qui, si l'on avait suivi un ordre plus rationnel, seraient mieux placées dans le Code de procédure, puisqu'au lieu de traiter du fond du droit, elles indiquent la manière de procéder pour le faire valoir.

Sans nous arrêter davantage à cette critique de détails, qui laisse entière notre admiration pour notre belle législation, voyons maintenant quelle influence la codification a exercée sur la science juridique.

Il n'est pas opportun de traiter ici la grande question qui divisait en Allemagne l'école historique et l'école philosophique. Notre législation actuelle est la résultante nécessaire de notre unification nationale, qui s'était formée sous la monarchie absolue et la révolution, et que la codification de nos lois n'a fait que resserrer davantage. Ce fait est la suite naturelle de l'unité nationale. Plus les intérêts d'un grand peuple s'identifient, plus il a besoin d'une même loi. La France en a donné l'exemple, et tous les peuples voisins l'ont suivie

Digitized by Google

dans cette voie, autant par esprit d'imitation des grandes choses que nous avons faites que parce que les mêmes besoins ont amené les mêmes conséquences. Ainsi, point de doute que la codification ne soit un bienfait pour les intérêts homogènes des grandes nations.

Mais on ne peut méconnaître qu'elle a aussi pour résultat d'arrêter quelque peu l'essor et le progrès de la science du droit. Depuis l'apparition de nos Codes, nos éminents jurisconsultes se sont surtout occupés de l'interprétation de la loi nouvelle. Comme ils avaient en vue principalement l'utilité pratique, ils ont suivi dans leurs explications la méthode exégétique. Le Code a été, en France, l'objet de commentaires remarquables par la science profonde de ses interprètes. Mais ils se sont attachés, dans leurs beaux travaux, à suivre exactement l'ordre des articles du Code. Ces commentaires, d'une utilité incontestable pour les hommes d'affaires, ont bien moins d'importance pour le progrès de la science. Les Duranton, les Troplong, les Marcadé, les Pont, les Demolombe, etc., répandent journellement la lumière sur les questions controversées devant les tribunaux; mais, comme ils avaient en vue d'être utiles surtout aux hommes de justice, avocats et magistrats, et de faciliter leurs recherches, leurs ouvrages ont eu un résultat moindre pour le progrès des études juridiques, en général. Rivés à l'ordre tracé par le Code, ils n'ont pu embrasser la science du droit dans son ensemble méthodique.

Ce besoin de la pratique influe tellement sur la méthode scientifique que suivent nos jurisconsultes, que le Recueil si considérable et si estimé de M. Dalloz n'a rien trouvé de mieux que de ranger toutes les doctrines du droit français dans l'ordre alphabétique des lettres.

Dans nos Facultés de droit, le cours de droit français est fait par les professeurs d'une façon à peu près analogue à celle suivie par les commentateurs. On explique les articles du Code successivement, en y rattachant les principes généraux et les développements historiques qu'ils comportent; mais on ne présente pas aux élèves cette vue d'ensemble de la science du droit. Il s'agit tout simplement de faire comprendre les articles du Code à des jeunes gens, pour les rendre aptes à entrer dans la pratique des affaires. Cette mé-

Digitized by Google

thode d'enseignement pourra contribuer à faire des avoués, des avocats et des magistrats capables de comprendre nos lois, mais ne suffit pas pour favoriser l'essor des études élevées de la science du droit.

L'esprit mercantile de notre époque n'est pas sans avoir une influence fâcheuse sur les publications juridiques. Si un auteur s'adresse aux éditeurs établis non loin de la Sorbonne et de nos grandes écoles, on lui dit gravement : « Faites-« nous des ouvrages pratiques, » c'est-à-dire des commentaires ou des livres élémentaires pour préparer les étudiants aux examens. Vous leur présenterez un manuscrit couronné par l'Institut, on ne l'imprimera qu'aux frais de l'auteur, s'il en a les moyens. Plus tard, que le même savant ait un manuscrit contenant un commentaire des nouvelles lois, l'éditeur s'empressera d'en faire l'acquisition. Il faut satisfaire, avant tout, les besoins journaliers, qui s'accommodent peu des travaux plus approfondis et plus scientifiques pour la méthode suivie, mais moins faciles pour les recherches de la pratique usuelle.

C'est ainsi que les célèbres professeurs de notre malheureuse Faculté de Strasbourg, MM. Rau et Aubry, actuellement membres de la Cour de cassation, avaient traduit et annoté l'excellent ouvrage de Zachariæ, en conservant la méthode systématique suivie par cet auteur. Malgré la valeur de l'ouvrage et les notes ajoutées par ces savants magistrats, on a trouvé que, dans cette forme, ce beau travail était moins commode pour la pratique. Alors MM. Massé, conseiller à la Cour de cassation, et Vergé, membre de l'Institut, ont mis l'ouvrage de Zachariæ en rapport avec l'ordre des articles du Code, pour le rendre plus accessible aux praticiens.

Tout en reconnaissant l'utilité de cette publication, grâce au mérite personnel de MM. Massé et Vergé, on ne peut cependant pas nier que, par cette transformation, l'ouvrage de Zachariæ n'ait perdu de sa valeur scientifique. La supériorité de Zachariæ ne consiste pas seulemeut dans l'exposé des doctrines isolées, avec une fermeté et une précision remarquables, mais encore dans la conception et le lien systématiques de l'ensemble de notre droit civil.

Cependant, loin de moi la pensée de critiquer la manière d'enseigner le droit français dans nos écoles de droit. Il s'agit, en effet, d'une loi positive et concrète, qu'il faut expliquer

Digitized by Google

aux étudiants pour en faire des hommes chargés de l'appliquer dans la vie réelle. Mais, où je trouve notre méthode d'enseignement surtout vicieuse, c'est dans les cours du droit romain. Ainsi que pour le Code, on suit dans les leçons la méthode exégétique, tant pour les Institutes que pour les Pandectes ; on s'attache à l'ordre des textes, qu'on explique aux élèves de la même façon que les articles du Code. Il n'est pas question d'un système général sur les matières du droit, et quelque savant que soit le commentaire des textes romains donné par le professeur, l'étudiant n'en voit pas même l'utilité pratique. Il s'agit d'une législation qui n'est plus que rarement appliquée en France, à l'exception de la Savoie et de Nice, où la loi romaine était encore en vigueur jusqu'en 1838, époque de la confection du Code civil sarde.

L'étude en paraît fastidieuse aux élèves, parce qu'elle n'a l'attrait ni de la méthode vraiment scientifique, ni de l'utilité pratique. Aussi cet enseignement amène souvent, dans l'esprit des étudiants, une confusion qui, au lieu de les préparer à mieux comprendre le droit français, ne fera que porter le trouble dans leur intelligence ; il les encombrera de ce demi-savoir qui obscurcit tout, qui engendre les fausses idées, et qui, inutile en lui-même, n'est souvent qu'un danger pour d'autres études.

Certes notre époque a produit en France des travaux sérieux et importants pour l'étude du droit romain. Ce serait nous écarter de notre sujet que d'en faire connaître les auteurs. Mais nous devons aussi constater que l'enseignement du droit romain, malgré la valeur des professeurs, est loin d'être à la hauteur de ce qu'il fut à l'époque où florissait l'école française, qui attirait dans nos universités une jeunesse studieuse, venant de tous les pays de l'Europe pour suivre les cours de nos grands maîtres. Notre enseignement rappelle trop les leçons des glossateurs du moyen âge et des commentateurs, s'attachant au texte faute d'une méthode systématique plus propre à former l'intelligence par un ensemble de principes clairs et bien approfondis, au lieu de surcharger la mémoire d'une érudition mal digérée.

Il nous reste donc à examiner quelles sont, selon nous, les mesures à prendre pour améliorer l'enseignement du droit dans les Facultés de France. SELIGMAN.

(*La fin à la prochaine livraison.*)

Digitized by Google

QUESTIONS

CONCERNANT

LA NATIONALITÉ DES HABITANTS DE L'ALSACE-LORRAINE.

(*Suite et fin* [1].)

Par M. Robinet de Cléry,
ancien procureur général, avocat à la Cour d'appel de Besançon.

§ II.

DE L'INFLUENCE DES LOIS, RÈGLEMENTS, ACTES DE JURIDICTION OU FAITS POSTÉRIEURS AU TRAITÉ D'ANNEXION.

Les traités sont une loi commune pour les gouvernements qui les ont souscrits. Ils les enchaînent et obligent, sans exception, leurs citoyens ou sujets. Mais quand, plus tard, chaque puissance, agissant seule et de sa propre autorité, réglemente les suites de ces accords internationaux, l'obéissance due aux dispositions législatives, décrets, ordonnances ou instructions, s'arrête à la frontière de l'État pour lequel ils sont édictés. Ainsi le veut ce principe élémentaire et fondamental d'après lequel « chaque nation possède et exerce, seule et exclusive-« ment, la souveraineté et la juridiction sur toute l'étendue « de son territoire [2]. »

Les habitants des provinces cédées à l'Allemagne seront, aussi longtemps qu'ils y résideront, soumis aux lois et jugés par les tribunaux du conquérant. Mais si, revenus dans leur première patrie, ils réclament l'exercice de droits inhérents à la qualité de Français, leur aptitude sera appréciée par nos corps judiciaires en prenant notre législation pour règle. Ils devraient s'y conformer lors même qu'elle serait en dissidence avec celle qui, régulièrement promulguée en Alsace-Lorraine, aurait été appliquée, sans conteste, par l'administration ou par les juridictions instituées dans ce pays.

Il n'y aura donc pas sujet de s'étonner si plusieurs de ses habitants, réputés Allemands au delà de notre frontière, sont en deçà reconnus Français. De pareilles antinomies sont fréquentes.

[1] Voir *Revue*, livraison de mars 1873.
[2] Fœlix, t. I, n° 9.

Digitized by Google

Il pourrait en être cité bien des exemples dans des États dont elles n'ont jamais altéré les rapports amicaux ou pacifiques. Ainsi l'Anglaise ayant épousé un Français appartient à l'une ou à l'autre nation, suivant qu'il est fait application des statuts en vigueur de l'un ou de l'autre côté du détroit. Une semblable alternative a pu se produire au sujet de l'enfant né d'un Français, soit en Angleterre, soit en Hollande, soit en Sardaigne. Dans beaucoup de cas il y a matière à conflit entre la nationalité héréditaire (*jure sanguinis*), celle provenant du mariage et celle que l'ancien régime motivait sur un droit de territorialité (*jure soli*) encore subsistant dans quelques parties de l'Europe. Le défaut d'uniformité n'est pas moins sensible lorsque s'agitent des questions de paternité, de filiation ou quand elles se rattachent à l'état civil. Elles sont diversement résolues par des peuples voisins. Tel enfant né hors mariage sera Français ou étranger, suivant qu'il suivra la condition de son père naturel ou celle de sa mère. L'acquisition, la perte ou le recouvrement des nationalités mettront en présence des doctrines non moins opposées. Ici la naturalisation du chef de famille est purement individuelle; là elle se communique à la femme, aux mineurs et opère en eux même changement. L'expatriation, prohibée par certaines constitutions, est autorisée par d'autres. Plusieurs cantons suisses, Neufchâtel, Genève, Fribourg, Saint-Gall, le Tessin, retiennent, dans les liens de leur nationalité, ceux de leurs citoyens qui se font nationaliser ailleurs. Il en est de même de l'Anglais si un acte du Parlement n'a pas rompu son allégeance envers son souverain.

L'axiome qui exclut la dualité de patrie[1] doit s'entendre en ce sens qu'un même corps de lois organiques ou civiles ne saurait, sans contradiction, contenir des dispositions ayant pour effet d'attribuer à une même personne nationalité et extranéité, mais l'expérience ne permet pas d'ériger cette observation en maxime du droit des gens. On peut être revendiqué par deux pays différents ou avoir perdu sa nationalité primitive sans en avoir acquis une autre. A cet égard ce serait

[1] Heinecius, *Antiq. rom.*, t. XVI, § 10; — Puffendorf, *Dr. de la nat. et des gens*, liv. 8, ch. 2; — Grotius, *De jure belli et pacis;* — Treilhard, *Exposé des motifs*, 14 ventose an XI; — Duranton, t. I, p. 83 et 117; — Demolombe, t. I, n° 179; — Mourlon, n° 104.

Digitized by Google

se faire illusion que d'espérer voir, en France et dans l'empire germanique, lois et jurisprudences concorder en tous points.

Inévitable effet d'une légitime et réciproque indépendance, ces contrariétés se produiront, au sujet des Alsaciens-Lorrains, sous des formes diverses et avec des complications multiples [1]. Parmi les nombreuses éventualités, pouvant fournir motifs ou prétextes pour leur contester leur état civil ou politique, bornons-nous à indiquer, à titre d'exemples, celles qui consisteraient :

1° A avoir continué à habiter les territoires détachés, après l'expiration des délais d'option ou même la mise en vigueur des lois de l'Empire allemand ;

2° A avoir été traités comme sujets de cet Empire par les administrations et par les juridictions qui en relèvent;

3° A avoir obtempéré à des exigences ou fait des actes qui auraient été la conséquence de cette situation.

Ces prévisions peuvent se réaliser isolément ou simultanément. Chacune d'elles comporte dès lors une étude distincte.

I. Pour s'assimiler une contrée récemment conquise, un gouvernement peut juger à propos d'en éloigner ceux qui, refusant de changer de nationalité, auraient ainsi un statut personnel différent de celui qu'il introduit ou renouvelle graduellement.

Ainsi procède l'Empire d'Allemagne.

A l'approche du 1er octobre 1872, les populations d'Alsace-Lorraine étaient dans l'attente d'un recensement qu'opéreraient, à cette date, les autorités du pays. Objet de la préoccupation générale, cette mesure était considérée comme la suite et la sanction d'une sorte de mise en demeure, dont le *Journal officiel de la République* avait, le 14 septembre, donné connaissance en ces termes : « Le gouvernement allemand « soutient que tous les domiciliés, qu'ils soient ou non nés « dans les territoires cédés, sont obligés, *pour conserver la « nationalité française, de transférer leur domicile en France « avant le 1er octobre prochain.* »

Cet avis, à l'appui duquel étaient reproduits des extraits de la correspondance échangée depuis juillet jusqu'au 1er sep-

[1] Voir Instructions de la Société de protection des Alsaciens-Lorrains, *Moniteur universel*, 4 septembre 1872.

Digitized by Google

tembre, tombait à l'improviste sur ceux qui s'étaient reposés sur la foi des traités, sur les explications fournies, le 8 janvier, à la législature, rappelées dans des dépêches ministérielles et renouvelées par la circulaire du 30 mars. Bien que pris au dépourvu, beaucoup sont partis. Cette suprême épreuve, consolante par ses résultats, aura témoigné combien la France et ses institutions sont chères à ses enfants. Ce serait pourtant s'en faire une idée fort incomplète que de prendre pour unique *criterium* le nombre des émigrations.

La plupart des domiciliés, qui étaient nés hors des arrondissements cédés, ne se sont pas cru obligés de s'en éloigner à jour fixe. Ils n'admettaient pas qu'une communication, faite en cette forme, eût autorité suffisante pour déroger à des actes internationaux devenus lois de l'État.

Quant aux originaires des pays détachés, ils pensaient avoir rempli les conditions imposées en joignant à leur option ou en faisant séparément une déclaration de transfert de domicile. M. le garde des sceaux, consulté au sujet des *déclarations qui seraient faites par écrit,* avait, le 30 juillet, répondu à M. Scheurer-Kestner « qu'il lui était impossible, à son très-« grand regret, d'accueillir cette demande. » Il donnait pour raison « que cette déclaration de domicile serait « inutile et pourrait être considérée, par les autorités al-« lemandes, comme contraire au texte formel de nos con-« ventions[1]. » Quelque respectable que fût ce scrupule, il n'était pas partagé. Un mode de constatation, autorisé par l'article 104 du Code civil, eût été difficilement interdit aux mairies françaises et, en définitive, c'était aux tribunaux que l'appréciation des circonstances devait appartenir (art. 105 C. civ.). La presse contribuait à propager une persuasion qu'encourageaient ses principaux organes[2]. Dans des supputations plus ou moins conjecturales, ils comptaient au nombre de nos nationaux « ceux qui, ayant opté, avaient été retenus « chez eux par le besoin, par des intérêts majeurs et n'avaient « pu émigrer. »

Quoi qu'il en soit, voilà deux catégories bien distinctes de

[1] Lettre publiée par la *République française* et par le *Moniteur universel* du 1er août 1872.

[2] *Journal des Débats, Moniteur universel* du 16 octobre 1872.

Digitized by Google

non-émigrants qui se considèrent comme nos compatriotes et qui, tôt ou tard, en réclameront le titre et les droits.

La position des premiers est éminemment favorable, soit qu'ils invoquent les principes généraux, l'esprit des traités et les précédents [1], soit que, se plaçant sur le terrain du droit civil et sans contester, en aucune façon, la régularité de mesures légalement prises sur une terre devenue allemande, ils réduisent la discussion à ces termes : « Nous étions Français. « Pour apprécier si nous avons cessé de l'être, la législation « de notre patrie est la seule que ses tribunaux aient à con- « sulter dans le silence des conventions diplomatiques. Elle « nous régit *même en pays étranger pour tout ce qui concerne* « *l'État et la capacité des personnes* [2]. Elle a limitativement « déterminé les cas entraînant *perte de la qualité de Français* [3]. « Il n'est pas permis d'y rien ajouter. »

Les mêmes raisons ne militeraient pas avec autant de force pour les *originaires* des territoires distraits de la France, puisque l'acte ayant opéré la séparation contient, au sujet de cette catégorie d'habitants, des dispositions spéciales. Elles doivent s'exécuter loyalement et sans subterfuges. Une feinte translation de domicile serait inefficace [4]; mais, si elle a été sincère, une invalidation motivée sur ce qu'en dehors de ce domicile réel, effectif, une résidence aurait été conservée au pays natal serait d'une extrême rigueur. Infligées à toute personne qui serait trouvée présente postérieurement à la clôture des options ou à quiconque n'aurait pas fourni des justifications jugées suffisantes, ces annulations, dont le nombre est énorme [5], ne sauraient influer sur les décisions de la justice française et les constatations d'un recensement n'ont pour elle qu'un assez médiocre intérêt. Tout au plus y trou-

[1] Voir ci-dessus, p. 220 et suiv.

[2] Article 3 du Code civil.

[3] Articles 17 et suiv., *ibid.*

[4] *Sic* Instructions de la Société de protection des Alsaciens-Lorrains, *Moniteur universel* du 4 septembre 1872.]

[5] D'après les documents officiels, arrêtés le 1er janvier 1873 et sommairement analysés par l'*Industriel alsacien*, il y aurait eu 91,962 options dans le département de la *Haute-Alsace* (autrefois *Haut-Rhin*). Sur ce nombre les autorités allemandes en auraient annulé 75,260 et n'en auraient déclaré valables que 9,053. Il en resterait 7,649 en suspens.

Digitized by Google

verait-elle un élément d'appréciation susceptible d'être mise en balance avec d'autres présomptions relevées en sens divers.

Encore moins y aurait-il lieu d'argumenter de l'assimilation progressive des provinces annexées. L'amoindrissement ou la suppression de leur autonomie n'ayant rien de commun avec les questions de nationalité individuelle, celles-ci auront même solution après comme avant le 1er janvier 1874, époque fixée[1] pour la mise en vigueur des constitutions de l'Empire.

II. Lors même que, nonobstant l'esprit de retour dont ils ne se seraient jamais départis, les habitants des pays démembrés y auraient été, pendant toute la durée de leur séjour, considérés comme sujets allemands, administrés, jugés, traités en conséquence, cette sorte de possession d'état, qu'ils auraient subie et non recherchée, ne les rendrait pas étrangers à leur première patrie.

Il se pourrait que les autorités locales leur fissent application de lois, décrets ou arrêtés, ayant effectivement, dans l'Alsace-Lorraine, une force obligatoire dont ils sont dépourvus en France. Mais alors, comme en beaucoup de cas analogues, l'acquisition de la nationalité nouvelle et la perte de l'ancienne ne seraient pas régies par la même loi.

Chaque territoire aurait la sienne. L'une faisant dériver d'une résidence continuée une présomption d'acquiescement, réputerait regnicoles prussiens ceux mêmes dont la volonté ne se serait nullement manifestée. L'autre s'appuierait, en sens contraire, sur les dispositions expresses de nos Codes et sur l'enseignement de leurs meilleurs interprètes.

L'opinion à laquelle ceux-ci se rallient n'admet pas que l'abdication de la patrie s'opère par contrainte et en vertu d'une législation qui n'y est pas en vigueur. Les motifs du seul arrêt dont un pareil système ait pu s'étayer[2] ont été énergiquement combattus comme « renfermant une véritable « hérésie politique et judiciaire[3]. » D'après les autorités les plus respectées, un Français ne passe à l'état d'extranéité qu'autant qu'il s'y est volontairement offert[4]. « Il ne suffirait

[1] Par décret impérial du 20 juin 1872.
[2] Riom, 7 avril 1835 (D. P., 36, 1, 57).
[3] Mailher de Chassan, n° 143.
[4] Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° Droits civils, n°s 514 et 515; — Demolombe, t. I, n° 179.

Digitized by Google

« pas, ajoute M. Demolombe, qu'une nationalité lui fût con-
« férée par la loi étrangère comme conséquence d'un fait
« qui, d'après la loi française et l'intention personnelle du
« Français, ne devrait pas avoir ce résultat. Si donc la loi
« étrangère nationalisait de plein droit le Français, par
« exemple, qui achète un immeuble en pays étranger ou qui
« épouse une étrangère, ces actes ne lui feraient perdre la
« qualité de Français qu'autant que, par sa conduite person-
« nelle, il prouverait qu'il a, librement et sciemment, accepté
« cette nationalité. »

La Cour de Paris l'a ainsi jugé le 3 mars 1834[1]. Dans cette instance, il avait été prétendu qu'un négociant français, décédé à Cadix, était dénationalisé, conformément au statut espagnol, par l'effet de son mariage avec une femme de ce pays et de l'établissement d'une maison de commerce. Ces conclusions devaient être et ont, en effet, été écartées. Notre compatriote n'ayant rien fait d'incompatible avec cette qualité, l'avait conservée jusqu'à sa mort, et il n'eût pas été permis de faire fléchir la législation nationale devant celle de l'étranger.

A moins qu'un traité n'ait autrement disposé, les mêmes règles sont observées en cas de démembrement de territoire. Sans s'appesantir sur cette prévision, les éminents collaborateurs du Code civil l'avaient présente à la pensée au cours de leur travaux préparatoires. Quand l'article 10 a été discuté au Conseil d'État, le premier consul s'est ainsi exprimé : « S'il arrivait un jour qu'une contrée, envahie par l'ennemi,
« lui fût cédée par un traité, on ne pourrait avec justice dire
« à ceux de ses habitants qui viendraient s'établir sur les
« terres de la République qu'ils ont perdu la qualité de
« Français, parce qu'ils n'ont pas abandonné leur ancien pays
« au moment même où il a été cédé, parce que même ils ont
« prêté serment au nouveau souverain. La nécessité de con-
« server leur fortune, de la surveiller, de la transporter en
« France, les a obligés de différer leur transmigration[2]. »

En justifiant, par un intérêt pécuniaire, le retard apporté à la transmigration, ces paroles presque prophétiques laissaient entrevoir qu'il pourrait aussi être autorisé par d'autres

[1] D. P., 34, 2, 100.
[2] Séance du 14 thermidor an IX.

Digitized by Google

raisons non moins impérieuses. En déclarant que la nationalité demeurerait intacte, nonobstant une prestation de serment au nouveau souverain, elles donnaient à entendre que tous actes, règlements ou solutions ayant l'attache d'une domination étrangère seraient en ces matières d'un faible poids.

Les motifs qui limitent l'action des lois aux confins de chaque territoire, imposent aux arrêts de justice mêmes restrictions. Si elles sont levées en partie par le traité du 16 avril 1846, étendu à l'Alsace-Lorraine par l'article 18 de la convention du 11 décembre 1871, ces facilités ont surtout en vue de sauvegarder les droits privés ou d'en favoriser la revendication. Quant aux questions de nationalité, elles appartiennent respectivement aux tribunaux ayant compétence territoriale, sans que, de part ou d'autre, il puisse y avoir confusion, litispendance ou conflit.

La juridiction qui statue sur cet objet d'un ordre supérieur, n'est jamais liée par la chose jugée au dehors. M. Mailher de Chassan (n° 169) en fait la remarque et caractérise ainsi les décisions intervenues dans différents pays : « Ce sont, pour « la nation étrangère, de simples actes de juridiction émanés « d'une autre puissance qu'elle, ne remplissant pas à son égard « et par leur condition propre le but pour lequel ils ont été « rendus, et qui ne sauraient dès lors la lier sans atteindre « directement son indépendance. »

III. Si cette indépendance réciproque de législations ou de juridictions contraires n'a pas théoriquement de difficultés insolubles, il en résulte, dans la pratique, d'assez sérieuses complications.

A un point de vue purement doctrinal, deux nationalités peuvent coexister dans la même personne, ainsi que le fait observer M. Fœlix en supposant l'un des cas si fréquents où deux statuts se la disputent en quelque sorte : « *Le lien ori-* « *ginaire se conserve, mais dans l'intérêt seulement de la nation* « *à laquelle l'individu a appartenu dans le principe*, sans em- « pêcher, *par rapport à la patrie adoptive*, la validité de la « naturalisation qu'il y aura acquise [1]. » Cette réflexion, émise en prévision d'une naturalisation volontaire, a plus de force encore si on l'applique à un Français rendu malgré lui Allemand. Alors surtout le *lien originaire* n'est pas brisé.

[1] N° 27, p. 37, note 1.

Digitized by Google

Mais chaque gouvernement ayant droit d'exiger, de l'homme qu'il considère comme sien, l'accomplissement des devoirs incombant à ses nationaux, l'Alsacien-Lorrain, dont l'état n'aurait pas changé malgré les lois, règlements ou jugements étrangers, se trouverait en face d'exigences auxquelles il ne saurait déférer sans effacer en lui et par son propre fait la nationalité qu'il préfère.

Il la perdrait parce qu'il aurait encouru les déchéances édictées par le Code civil.

Celle écrite en son article 21 atteindra quiconque aura servi dans l'armée allemande. Vainement serait-il allégué qu'il y aurait eu pression ou contrainte. Pour s'y soustraire il aurait suffi d'émigrer[1].

Les autres causes qui, d'après l'article 17 du même Code, entraînent à la fois privation de la nationalité et des droits civils, doivent être appréciées en combinant ses dispositions avec les conventions internationales.

Il va de soi que tout habitant des provinces annexées en partage le sort, s'il y est investi de fonctions publiques sans y avoir été autorisé par le gouvernement français. Toutefois cette condition, indispensable quand il s'agit de positions politiques, administratives ou judiciaires, n'est pas exigée pour la pratique de professions libérales, telles que le barreau[2], la médecine[3], l'enseignement libre ou celui qui relève d'une municipalité[4]. Elle ne l'est pas non plus pour l'exercice du culte[5] ou la collation de titres afférents à l'ordre religieux[6]. Sans insister sur des distinctions quelquefois délicates ni rechercher en quels cas une prestation de serment implique sujétion[7], il est une observation qui intéresse plus spéciale-

[1] Des permis d'émigration (*auswanderungsschein*) ont été quelquefois accordés.

[2] Montpellier, 12 juillet 1826 (D. P., 27, 2, 140.

[3] Voir Merlin, *Répertoire*, v° Français; Legat, n°s 27 et suiv.; Guichard, n° 301; Coin-Delisle, art. 17, n° 14; Demolombe, n° 180; Alauzet, n° 58; Dalloz, *Droit civil*, 542.

[4] Douai, 12 novembre 1844 (D. P., 46, 2, 168).

[5] Cassation, 17 novembre 1818 (Dalloz, *eod.*, 536).

[6] Cassation, 15 novembre 1836 (D. P., 36, 1, 451).

[7] Voir en sens divers : Cassation, 14 mai 1834; Bordeaux, 14 décembre 1841; Paris, 27 juillet 1859 (D. P., 34, 1, 245; 59, 2, 179); Alauzet, n°s 59 et suiv.; Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 113, note *a*.

Digitized by Google

ment les Alsaciens-Lorrains. Elle se rapporte à la démarcation existant entre les simples *domiciliés* et les *originaires* de ces deux provinces.

Ceux-ci ayant contracté, en optant, l'obligation de les quitter pour se fixer en France, y manqueraient et invalideraient leur option par l'usage qu'ils feraient, dans leur pays natal, de droits de bourgeoisie ou autres avantages qui pourtant n'ont jamais été assimilés à naturalisation[1]. Il en serait de même s'ils y avaient emploi, charge ou industrie nécessitant une habitation continue. — Quant aux résidants qui n'y sont pas nés, la prolongation de leur séjour est, en soi, chose indifférente s'il ne s'y joint des circonstances incompatibles avec la conservation de la qualité de Français.

Limitativement énumérées, ces causes d'incompabilité ont des caractères bien définis. Pour les faire ressortir d'espèces multiples et diverses, des contestations peuvent s'élever, mais le principal élément de solution ne gît ni dans la continuité ni dans l'importance de l'établissement formé à l'étranger.

Les rares décisions qui ont fait prévaloir, sur le domicile d'origine, celui qui a été acquis ailleurs et longtemps continué[2], n'ont pas été seulement motivées sur sa longue durée, elles l'ont été aussi sur des faits accessoires dénotant la volonté de le rendre définitif et excluant l'esprit de retour.

§ III.

DU RECOUVREMENT DE LA QUALITÉ DE FRANÇAIS PAR LES ALSACIENS-LORRAINS QUI L'AURAIENT PERDUE.

Le droit commun et l'application de nos Codes ne fourniront peut-être pas toujours des solutions suffisamment sûres pour obvier aux embarras dès à présent prévus et à ceux qui se révéleront par la suite : résoudre les difficultés provenant soit du fait, soit de l'omission d'un chef de famille, soit de la tardiveté de certains actes; apprécier s'il peut y être suppléé par des équivalents; statuer sur la situation des femmes mariées ou veuves, et concilier, s'il est possible, les systèmes contradictoires des représentants de France et d'Allemagne

[1] Paris, 14 mars 1825; ordonnance du Conseil d'État, 18 mai 1843 (Dalloz, *eod.* n° 517).

[2] Voir notamment Cassation, 4 juillet 1810 (Dalloz, *eod.* n° 124).

Digitized by Google

au sujet des mineurs et des émancipés. Plus particulièrement préoccupé de ces deux derniers points, M. le garde des sceaux a fait connaître qu'il préparait un projet de loi. Ce serait une occasion pour rectifier ce qui paraîtrait défectueux, compléter ce qui présenterait des lacunes.

Dans cette attente, une patriotique sollicitude s'enquiert des moyens de faciliter la réintégration de nos frères d'Alsace-Lorraine qui n'auraient pas opté ou ne l'auraient pas fait à temps utile.

Se plaçant à ce point de vue, des journaux ont émis le vœu « que la France votât une loi, en vertu de laquelle les anciens « Français d'Alsace-Lorraine soient admis à une *naturalisa-* « *tion privilégiée* et soient notamment dispensés des condi- « tions de délai et de domicile imposées par le droit commun[1].»

Un domicile autorisé et établi, une épreuve de trois années consécutives sont, en effet, les deux conditions auxquelles est subordonnée l'admission de l'étranger dans la nation française.

La première serait difficilement supprimée. Pour devenir citoyen d'un pays, il faut d'abord s'y fixer. Toutes nos constitutions l'avaient ainsi prescrit, et, maintenant comme alors, ce préliminaire est réputé indispensable.

Quant à la période d'attente imposée, elle a varié suivant les régimes. L'acte constitutionnel de l'an II l'avait passée sous silence; mais, précédemment et depuis, elle a été rendue obligatoire pour cinq ans par les constitutions des 2 mai 1790 et 3 septembre 1791, pour sept ans par celle du 3 fructidor an III, pour dix ans par celle du 22 frimaire an VIII. Elle est réduite à trois années par la loi du 29 juin 1867.

Dans des circonstances analogues à celles que nous subissons, la loi du 14 octobre 1814 avait introduit des tempéraments qui, pendant trente-cinq ans, ont été pratiqués. Critiquée par quelques-uns[2], approuvée par d'autres[3], elle était inspirée d'une pensée toute bienveillante. Sans rien exiger des Français d'origine qui se seraient trouvés établis dans les pays détachés au moment de leur séparation, elle adoucissait,

[1] *Industriel alsacien* et *Moniteur universel* du 20 juillet 1872.

[2] Valette sur Proudhon, t. I, p. 189; Demolombe, t. I, n° 128; Rapport de M. Claude (de la Meurthe) sur la loi du 19 juin 1871.

[3] Aubry et Rau sur Zachariæ, t. I, § 72, note 11.

Digitized by Google

dans l'intérêt des indigènes de ces mêmes pays, le régime de la constitution de l'an VIII alors en vigueur. Elle favorisait ceux d'entre eux qui s'étaient fixés dans l'intérieur de la France, simplifiait les formes et donnait au gouvernement pleine latitude pour réduire la durée des dix années d'épreuve invariablement exigées en tous autres cas. Elle substituait à la naturalisation une simple déclaration de naturalité impliquant la conservation d'une qualité préexistante[1] et procurait ainsi, par dérogation aux articles 726 et 912 du Code civil non encore abrogés à cette époque, des avantages fort importants. Tout cela était interprété de la manière la plus large et la plus libérale. Aucune forclusion n'était encourue par les retardataires : « La déchéance n'a jamais été opposée, « fait observer M. Alauzet (n° 107), et les dix ans de résidence « n'ont été exigés en aucun cas, comme condition légale au « moins, des habitants des anciens départements détachés « qui, jusqu'à la loi du 3 décembre 1849, ont sollicité leur « naturalisation. »

Ne conviendrait-il pas d'imiter ce qui a eu lieu alors et de faire un pas de plus dans la voie où l'on est entré lorsque les barrières élevées devant l'étranger ont été récemment abaissées[2] ? Le privilége, dont jouiraient ceux à qui plusieurs générations avaient transmis le sang français et qui n'en ont plus le titre, ne serait-il pas pleinement justifié ?

Leur situation a beaucoup de similitude avec celle résultant des traités de 1814 et de 1815, car s'il n'y était pas parlé d'option, une faculté équivalente était garantie « *pendant six « ans à compter de l'échange des ratifications.* » Ce terme même n'a pas mis fin aux facilités exceptionnelles, dont les habitants des départements démembrés ont continué à user pendant vingt huit ou vingt-neuf ans, sans que la diplomatie réclamât, sans que la France crût manquer à ses engagements.

Ceux qu'elle a souscrits à Francfort ne seraient pas enfreints, parce qu'elle aurait secondé des aspirations ramenant à leur patrie d'affection nos concitoyens regrettés.

C'est au législateur qu'il appartient de peser ces considé-

[1] Cassation, 16 juillet 1834 (motifs), 4 mai 1836; Paris, 11 décembre 1847 (D. P., 34, 1, 306; 36, 1, 355; 48, 2, 49); ordonnance du Conseil d'État, 22 juin 1836; Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° Droits civils, n°s 104 et s.

[2] Loi du 29 juin 1867.

Digitized by Google

rations. Mais à défaut de dispositions spéciales et à s'en tenir à la législation existante, il est intéressant de savoir comment les nouveaux sujets de l'Empire d'Allemagne redeviendront Français.

Seront-ils désormais astreints, comme tous autres étrangers, à se conformer aux règles établies par la loi du 29 juin 1849? — Leur suffira-t-il de recourir au procédé plus expéditif admis par l'article 18 du Code civil et, s'ils s'en abstiennent, leurs enfants pourront-ils réclamer le bénéfice du deuxième paragraphe de l'article 10 du même Code?

D'après l'article 18, *le Français, qui aura perdu cette qualité, pourra toujours la recouvrer en rentrant en France, avec l'autorisation du chef de l'État, et en déclarant qu'il veut s'y fixer et qu'il renonce à toute distinction contraire à la loi française.*

Cette déclaration, qui serait valablement faite à l'étranger, devant nos agents diplomatiques ou consulaires, a été, paraît-il, quelquefois sous-entendue. En tous cas elle peut être immédiatement suivie de réintégration.

La loi du 14 octobre 1814 s'en étant expressément référée à la constitution de l'an VIII, en même temps qu'elle rendait le roi maître absolu d'abréger le stage des habitants des pays détachés, leur procurait, sous certains rapports, plus d'avantages qu'ils n'en auraient trouvé dans une stricte application du Code civil. Il était assez naturel d'en induire que ces deux voies, tendant à un même but, n'étaient pas cumulativement ouvertes. Telle était l'opinion généralement accréditée.

Autant elle puisait de force dans la législation et dans la pratique ayant eu cours de 1814 à 1849, autant elle serait justement combattue si, faisant abstraction des textes abrogés, on s'attachait à deux vérités également certaines, savoir : 1° que les conventions des 10 mai et 11 décembre 1871 n'ont pas, en cela, dérogé au Code civil; 2° que la généralité de ses termes et son esprit comprennent, sans exception, tous les cas où l'ex-Français demande à récupérer les droits inhérents à ce titre.

I. Envisageant la question sous le premier de ces deux aspects, un journal[1] a publié des appréciations qui ont été reproduites dans plusieurs autres et dont la conclusion est

[1] *L'Industriel alsacien.*

Digitized by Google

erronée. On y lit : « Le mode de *recouvrer* la nationalité fran-
« çaise, perdue par la cession de l'Alsace-Lorraine, est réglé,
« non par l'article 18 du Code Napoléon, mais par l'article
« 2 du traité du 10 mai 1871. Or, aux termes de ce dernier
« article, il ne suffit pas, pour *redevenir* Français, de quitter,
« à un moment quelconque, la province cédée et d'aller
« s'établir en France. Il faut le faire avant le 1er octobre 1871
« et moyennant une déclaration reçue par l'autorité compé-
« tente. Passé ce délai, l'Alsacien-Lorrain, qui n'a pas satisfait
« à toutes les conditions de l'article 2 du traité du 10 mai
« 1871, ne peut plus acquérir la nationalité française que par
« la naturalisation qui, du même coup, lui fait perdre, aux
« termes de l'article 17 du Code Napoléon, la nationalité
« allemande. »

Le vice de cette argumentation provient d'une confusion entre ce qui doit être soigneusement distingué, — le temps durant lequel la nationalité est suspendue, — celui où elle est perdue et où il ne reste plus qu'à la recouvrer.

L'un est régi par les stipulations du traité de paix; l'autre l'est par les lois particulières des nations qui l'ont souscrit. Or il n'y a pas, à proprement parler, contradiction entre des dispositions qui n'ont pas le même objet.

Pendant la période réservée à l'option, les habitants des territoires détachés n'avaient pas à *recouvrer* une qualité dont ils demeuraient provisoirement investis. « Ils sont considérés « comme n'ayant jamais cessé d'être Français, » avait dit le rapporteur de la loi du 19 juin 1871. « ..... Nous ne pouvons « voir en eux que des Français, » portait un exposé de motifs déposé le 20 décembre suivant. La Cour de Nancy n'avait pas été moins affirmative. Un de ses arrêts du 31 août de la même année s'exprimait ainsi : « ..... Ils seront Français jusqu'à « l'expiration du délai imparti[1]. »

Si le changement, opéré en eux à cette fatale échéance, les rend Allemands, ils n'en ont pas moins été Français à leur naissance et pendant un laps de temps plus ou moins considérable. Il n'en faut pas davantage pour motiver l'application de l'article 18.

C'est l'exercice d'une faculté fort différente de celle que

[1] D. P., 71, 2, 207; *sic* tribunal de Vesoul, 19 juillet 1871; *ib.*, 3, 69.

Digitized by Google

les accords diplomatiques avaient garantie. Elles n'ont ni même principe, ni même autorité, ni mêmes résultats. L'une est éteinte lorsque l'autre commence. La première dérivait d'un droit maintenu sans interruption et sans qu'il fût au pouvoir de personne de s'y opposer, pourvu que les conditions réglementaires fussent remplies. La seconde est une simple aptitude, et il appartient à l'autorité compétente d'y avoir tel égard que de raison, d'accorder, d'ajourner ou de refuser la réintégration demandée. Jamais elle n'aura d'effet rétroactif. L'article 20 du Code y fait obstacle. A quelque époque que l'Alsacien-Lorrain soit *réintégré*, les droits réglés et les faits accomplis sous l'empire des lois germaniques sont inattaquables. Les phases distinctes que son existence aura traversées ne produiront ni antagonisme ni conflits.

Rien de tout cela n'est inconciliable. Le dernier traité n'a pas procédé par assimilation immédiate et exceptionnelle. Il n'efface pas le passé. Il ne déclare pas *Allemands-nés*[1] ceux par qui cette qualité n'a pas été utilement répudiée.

En pareille occurrence, l'abstention de l'intéressé s'explique souvent par des causes dont il n'est pas responsable. Elle est quelquefois commandée par d'impérieuses considérations. Elle peut être forcée ou même inconsciente.

D'inextricables embarras sont résultés des dissentiments des puissances signataires. L'une reconnaissait, l'autre déniait au mineur le droit de choisir personnellement une nationalité qui ne fût pas celle de ses parents[2]. D'autres questions, concernant la capacité et les causes qui l'annihilent ou la suspendent, étaient, de très-bonne foi, diversement appréciées. Des déclarations légalement reçues en France étaient, non moins légalement, refusées en pays annexé.

Sans mauvais vouloir, oppression ni rudesse, la diversité des errements ou des habitudes et le défaut d'entente, inévitable effet d'une domination étrangère, ont été des entraves pour beaucoup de ceux qui avaient un sincère désir d'opter.

Des refus par eux éprouvés il ne restait pas trace. Les mairies de nos départements limitrophes n'étaient pas autorisées à constater, à toutes fins, les déclarations ainsi écartées

[1] Pour que la réunion fût rétroactive, les traités passés, en l'an VI, avec les républiques de Mulhouse et de Genève avaient déclaré leurs citoyens *Français-nés*.

[2] Voir *Journal officiel*, 14 septembre 1872.

Digitized by Google

et à leur donner une authenticité relative; car il était dit, dans la circulaire du 30 mars : « Je ne puis m'occuper ici des « Alsaciens-Lorrains qui sont domiciliés dans les provinces « cédées. Leurs déclarations d'option pour la nationalité « française doivent être reçues par les autorités du lieu de « leur domicile, *c'est-à-dire par les autorités allemandes qui « sont seules compétentes pour en déterminer les conditions.* »

En France même n'y a-t-il pas à tenir compte, surtout dans les campagnes, des inadvertances ou des oublis des administrateurs en sous-ordre et de l'inexpérience des administrés ? J'en ai vu qui, habitant une ferme isolée, n'avaient pas encore opté vers le milieu de septembre, parce que s'étant présentés à leur mairie, ils ne l'avaient pas trouvée pourvue d'imprimés à ce destinés. Il n'y en avait pas encore, lorsqu'en leur nom j'ai renouvelé la même demande. Je suis persuadé que ces braves gens ont fini par être en règle, mais quinze jours plus tard ils auraient été frappés de forclusion.

Si cela s'est ainsi passé à proximité de notre frontière de l'Est, peut-on répondre que, dans les départements plus éloignés, les circulaires ou insertions officielles soient toujours parvenues aux intéressés? Ceux qui n'avaient eu, avec la Lorraine ou l'Alsace, d'autre attache que le hasard de la naissance et avaient constamment vécu ailleurs, ne s'attendaient pas à avoir des formalités à remplir. On est mal renseigné quand on est absorbé par l'exercice d'une profession laborieuse, et plusieurs apprendront un jour, à leur grande surprise, qu'ils sont devenus Prussiens sans le savoir.

Telles sont les suites assez fréquentes des annexions ou remaniements de territoires. Il n'y a donc pas lieu de présumer qu'il ait été dérogé à celles des dispositions du Code civil qui permettent de remédier à ces anomalies.

II. Toutefois il est enseigné par certains commentateurs que « l'article 18 n'est applicable qu'au Français qui aurait « perdu cette qualité par l'un des trois modes indiqués en « l'article 17[1]; » cette observation ne manque pas de justesse, en tant qu'elle élimine ceux qui sont dénationalisés en vertu de l'article 21 ou qui l'avaient été par l'effet des traités de 1814 ou de 1815. Faut-il la généraliser et exclure d'une ma-

[1] Demolombe, t. I, n° 169; *sic* Duranton, n° 193; Alauzet, n° 83; Mourlon, t. I, p. 111, note *a*.

Digitized by Google

nière absolue tous ceux qui auraient suivi le sort d'une province cédée?

Il a été soutenu, dans le même ordre d'idées, que le bienfait de la disposition finale de l'article 10 du même Code était restreint aux enfants de celui dont le changement de nationalité s'était individuellement opéré par abdication ou par déchéance [1].

Ni l'un ni l'autre de ces deux systèmes ne se recommande par une stricte équité.

Au Français qui, de propos délibéré, aurait renoncé à sa patrie, il serait fait une position préférable à celle qui aurait été la douloureuse conséquence des malheurs publics. Le plus favorisé serait celui dont le mobile aurait été un calcul d'ambition, de fortune ou un entraînement encore moins avouable. L'exclusion atteindrait celui qui aurait, passivement et à regret, accepté un fait accompli.

De tels résultats sont inacceptables.

Ils s'accorderaient mal avec les réflexions bienveillantes qu'avait fait entendre le premier consul à l'occasion de ce même article 10. Non-seulement elles n'avaient pas eu alors de contradicteur, mais elles avaient trouvé écho, dans le Conseil d'État, à la séance où fut discuté l'article 17. La volonté de réserver, à l'habitant d'une province détachée, une réintégration facile et prompte, se révèle à travers les opinions qui ont été ainsi échangées

M. Rœderer observe « que cet article 17 ferait résulter « l'abdication du serment et de l'acceptation de fonctions « *par un Français habitant d'un pays cédé par la République à* « *une autre puissance;* qu'il la fait également résulter de la « naturalisation en pays étranger. *Cependant, comme on l'a* « *déjà dit, de justes motifs peuvent obliger le Français, qui habite* « *un pays cédé par la France, à différer son retour sur le terri-* « *toire de la République.* Des raisons non moins justes peuvent « le forcer à se faire naturaliser chez l'étranger..... »

M. Tronchet répond « qu'on ne peut supposer à un Fran- « çais l'esprit de retour lorsque des faits clairs annoncent « qu'il a abdiqué sa patrie. *Au reste, il peut reprendre, quand*

[1] En sens divers Aubry et Rau, t. II, § 70, note 12 ; Demangeat sur Fœlix, I, p. 214, note 12 ; Mourlon, *Revue pratique*, 1858.

Digitized by Google

« *il le veut, la qualité de Français, pourvu qu'il revienne s'établir* « *en France.* »

Le premier Consul dit « que si un Français a cette faculté, « l'acceptation qu'il fait, sans la permission du gouvernement, « soit de fonctions publiques, soit de service militaire chez « une autre puissance, n'est donc pas une véritable abdica- « tion. »

M. Tronchet répond « que l'abdication est réelle, *mais* « *qu'elle n'exclut pas le Français de la faculté de reprendre ses* « *droits. Cette faculté est si certaine que beaucoup de tribunaux* « *ont critiqué l'article qu'on discute, parce qu'elle n'y était pas* « *exprimée.* »

Cette faculté est maintenant écrite en l'article 18. Il doit profiter à toute personne ayant perdu, de quelque façon que ce soit, la qualité de Français. L'itérative observation de M. Tronchet en témoigne, car il faut la rapprocher des hypothèses posées par M. Rœderer auquel il répond. En remontant au point de départ de la délibération, il est évident que le législateur assimile à l'abdiquant volontaire « le Français « habitant d'un pays cédé par la République à une autre « puissance[1]. »

Une controverse, engagée dans la même séance, concernait *le Français ayant abdiqué sa patrie.* M. Berlier estimait que celui-ci « ne devrait pouvoir reprendre ses droits civils que « de la même manière qu'un étranger est admis à les acqué- « rir. » Le premier Consul soutenait que « la faculté accordée « à l'abdiquant était dans l'intérêt de la République. » En même temps il opinait pour imposer des conditions plus dures à celui qui aurait pris du service militaire à l'étranger. Cet amendement fut adopté et l'article 21 concilia les avis divers.

Remarquons en outre que rien n'est restrictif dans les termes des articles 10 et 18. Une modification très-significative a même élargi l'application de ce dernier. Le projet primitif portait : « Le Français qui aura *abdiqué* sa qualité de Fran- « çais, pourra toujours la recouvrer... » Plusieurs changements furent apportés. Au mot « abdiqué », qui se rapportait aux trois éventualités prévues par l'article 17, fut substituée l'expression « perdue. » Elle comporte, en effet, beaucoup

[1] Séance du 14 thermidor an IX.

Digitized by Google

plus d'extension et comprend, sans qu'il soit besoin de le mentionner, le cas où cette perte est causée par la séparation d'une province.

A côté de la faveur qui s'attache aux revendications émanées d'anciens compatriotes, des considérations d'un autre ordre ont imprimé un caractère de pénalité à la déchéance résultant d'incorporations ou d'affiliations militaires ayant eu lieu à l'étranger. Les sévérités de l'article 21 du Code ont été aggravées par les décrets des 6 avril 1809 et 26 août 1811, qui les ont même étendues aux acceptations de fonctions publiques et aux naturalisations non autorisées.

Voilà des exceptions à la règle qui, protégeant l'ex-Français, aplanit devant lui l'accès de sa patrie. Seront-elles opposables aux *originaires* de l'Alsace-Lorraine?

Pourquoi en seraient-ils atteints? Aucune raison d'analogie ne le réclame. Devenus Allemands sous condition par l'effet de la cession diplomatiquement consentie, ils ont ainsi été placés sous le régime militaire d'un nouveau maître. Une stipulation expresse l'avait suspendu jusqu'au 1er octobre 1872; mais, à partir de cette date, il a eu pour eux force obligatoire. L'option qui leur avait été réservée et qui les en aurait exemptés était purement facultative, et si, après l'avoir faite, ils en ont perdu le bénéfice, il est rationnel de la réputer non avenue. Survenu avec l'assentiment des deux gouvernements, leur changement d'état diffère, en ce point essentiel, de l'engagement individuel contracté sans autorisation envers une puissance étrangère. Il n'a pas le caractère de félonie qui motive les rigueurs de notre législation.

En résumé, rien ne s'oppose à ce qu'il soit fait application de l'article 18 du Code civil aux *natifs* des provinces détachées, lors même qu'ils n'auraient pu se dispenser de servir dans l'armée allemande.

Il en est autrement pour ceux qui, nés ailleurs, se sont trouvés dans ces provinces à l'époque de leur annexion ou depuis. Le traité de Francfort ne leur ayant pas retiré leur nationalité, ils seraient présumés y avoir volontairement renoncé en se laissant incorporer dans les troupes étrangères. La loi commune étant alors suivie, ils tomberaient sous les prévisions de l'article 21, et ils ne sauraient ni invoquer l'article 18, ni se soustraire à ce qui subsiste encore des décrets de 1809 et de 1811.

Digitized by Google

Seulement il appartiendrait à l'administration d'en user envers eux avec bienveillance, de leur octroyer, dans une large mesure, des lettres de relief, de réparer ainsi ce qui, le plus souvent, aurait été la conséquence d'une situation mal définie.

L'avertissement tardif donné le 14 septembre 1872 par le *Journal officiel*, l'hésitation qui y perçait, les péripéties qui avaient précédé cet incident inattendu, n'étaient pas propres à inspirer confiance et fermeté à ceux qui n'émigraient pas. Beaucoup ont douté de la légalité de la résistance qui aurait été par eux opposée aux injonctions allemandes.

Si leur qualité de Français a été ainsi compromise, toute demande tendant à la récupérer mérite un sympathique accueil, mais n'est pourtant pas affranchie des formes et des délais prescrits.

Quant au mode de recouvrement autorisé par l'article 10, il est fondé, suivant les expressions mêmes du législateur, « sur la faveur due à l'origine française, sur cette affection « naturelle, sur cet amour ineffaçable que conservent à la « France tous ceux dans les veines desquels coule le sang « français[1]. » Si ces raisons et ces sentiments justifient la position privilégiée faite à l'enfant dont les parents ont, de leur plein gré, répudié leur patrie, ils sont encore plus déterminants lorsque ceux-ci en ont été séparés par les événements et leurs impérieuses exigences.

ROBINET DE CLÉRY.

LE CONGRÈS INTERNATIONAL DE LONDRES

POUR LA RÉFORME PÉNITENTIAIRE DES PRISONS ET LA RIVALITÉ DES DEUX SYSTÈMES SUIVIS A LA MAISON DE GAND ET A CELLE DE LOUVAIN.

Par M. Charles Lucas, membre de l'Institut.

On n'a pas oublié l'ardente polémique que souleva de 1837 à 1847 la rivalité des deux systèmes de la séparation continue et de la séparation de nuit seulement, avec le travail en commun de jour sous la discipline du silence, impropre-

[1] Rapport du tribun Gary, séance du 17 ventose an XI.

Digitized by Google

ment désignés à cette époque sous les noms de systèmes de Philadelphie et d'Auburn. La révolution de 1848 avait mis fin à cette polémique que le récent Congrès international de Londres pour la réforme pénitentiaire des prisons et l'enquête décrétée par l'Assemblée nationale sur le régime pénitentiaire de nos prisons en France viennent de réveiller.

Mais la nouvelle polémique a des allures moins vives, et d'ailleurs la concurrence d'un nouveau système est intervenue, celle du système mixte ou de l'emprisonnement graduel, plus généralement connu sous le nom de système irlandais.

Ces trois systèmes paraissent s'être produits d'une manière fort incomplète et fort décousue au Congrès pénitentiaire de Londres, dont le principal mérite a été de rappeler à l'opinion publique l'importance de la réforme pénitentiaire des prisons, mais sans y apporter les lumières d'une solution. Il n'en pouvait être autrement, par suite de la confusion qui a régné dans la tenue de ce Congrès ; car à la suite de tiraillements il a fini par se scinder en deux sections dites la section anglaise et la section française, et a perdu ainsi en quelque sorte le caractère de son homogénéité. Il en résulte que ce Congrès ne donnera lieu à aucun compte rendu officiel de l'ensemble de ses travaux. M. Bournat, avocat, a présenté à la commission de l'enquête sur le régime pénitentiaire ouverte par l'Assemblée nationale, commission dont il est membre adjoint, un rapport lucide sur les travaux de la section française, et la rédaction du rapport intégral des travaux du Congrès a été laissée à l'honorable secrétaire de la Société des sciences sociales de Londres, qui vient de publier en langue anglaise son volumineux travail. Quel qu'en puisse être le mérite, ce travail ne présente pas l'autorité et le caractère d'un document officiel, directement émané du Congrès lui-même.

On devait espérer au moins que les comités nationaux délégués au Congrès de Londres publieraient leurs comptes rendus. Mais nous n'en connaissons qu'un seul qui l'ait fait, c'est le comité italien dont le rapport a été publié par l'utile Revue qui paraît à Rome sous le titre de *Revue de la discipline des prisons.*

Quant aux criminalistes qui ont pris part aux travaux du Congrès de Londres, on doit déjà à quelques-uns d'intéres-

Digitized by Google

santes publications, parmi lesquelles nous signalerons le travail de M. Ribot, substitut près le tribunal civil de la Seine, sur *le système pénitentiaire en Angleterre*, inséré dans la *Revue des Deux-Mondes;* un compte rendu des travaux du Congrès de Londres, publié par le baron von Holtzendorff dans son journal *la Science du droit criminel*, et un écrit d'une grande valeur pratique de M. Beltrani Scalia, inspecteur général des prisons d'Italie, qui a paru dans la *Revue de la discipline des prisons*, dont il est le fondateur. Il a pour titre : *la Discussion des différents systèmes au Congrès de Londres.*

L'Institut n'est pas resté indifférent aux travaux du Congrès de Londres. Dès le 2 septembre le docteur Wines, l'ardent promoteur de ce Congrès, était venu soumettre l'objet de sa mission en Europe à l'Académie des sciences morales et politiques, qui en avait déjà été officiellement informée par M. le ministre des affaires étrangères. L'Académie, qui avait pris cette communication en sérieuse considération, pensa qu'il convenait que deux membres titulaires, pris dans les sections de morale et de législation, et un académicien libre fussent invités à se rendre à Londres pour assister à ce Congrès et désigna MM. Ch. Lucas, Faustin-Hélie et Ch. Vergé. Le premier, par suite de son état de cécité, le second, en raison des devoirs que ses hautes fonctions judiciaires lui imposent, ne purent accepter cet honneur. Mais heureusement aucun obstacle n'empêcha M. Ch. Vergé de déférer à l'invitation de l'Académie. Elle avait désiré, comme M. Ch. Vergé le désirait lui-même, qu'il se concertât avec M. Ch. Lucas et M. Faustin-Hélie avant son départ. M. Lucas communiqua à l'Académie, aux séances des 22 et 29 juin, les observations qu'il avait soumises à ses savants confrères et qu'ils avaient bien voulu accueillir. Ces observations avaient d'abord pour objet de donner une entière approbation à la manière dont M. Vergé avait conçu sa mission, en pensant qu'il n'avait pas à s'immiscer dans les travaux du Congrès, ni à participer à ses délibérations; qu'il devait s'attacher uniquement à les suivre avec attention et à les résumer avec impartialité pour en rendre compte à l'Académie en lui conservant la liberté de ses appréciations. La seconde partie de ces observations présentait un résumé de l'état de la réforme pénitentiaire en France et traçait les conditions du programme qui paraissaient les plus convenables dans la

Digitized by Google

marche des travaux du Congrès, pour éviter la confusion et accroître l'utilité de ses délibérations.

Après la clôture du Congrès, l'Académie a entendu deux communications. L'une est un premier et intéressant rapport lu à la séance du 10 août par M. Ch. Vergé dans lequel le savant académicien, après avoir exposé des considérations élevées sur l'importance qu'on doit attacher à la réforme pénitentiaire des prisons, comme symptôme si accentué d'un progrès considérable dans la législation criminelle que notre époque a le droit de revendiquer, indique la composition du Congrès et des diverses nationalités qui y ont apporté leur concours, relate la marche de ses travaux et se réserve d'en résumer les résultats dans un second rapport.

M. Ch. Vergé ne dissimule pas toutefois que le Congrès est loin d'avoir tenu ses promesses, et il signale surtout dans les délibérations une regrettable confusion qu'on eût évitée en suivant le plan proposé par M. Ch. Lucas, « plan méthodique et rationnel, dit-il, qui devait amener des communications d'un caractère à la fois théorique et pratique. »

La seconde communication faite à l'Académie à la séance du 7 septembre fut l'examen critique du programme du Congrès de Londres par M. Ch. Lucas, qui, sans vouloir méconnaître l'importance de ce Congrès, sous le rapport de l'impulsion qu'il avait imprimée à la réforme pénitentiaire, imputait les échecs du Congrès de Londres aux vices de son programme et montrait la nécessité de suivre une meilleure voie à l'avenir.

Il y a donc encore à recueillir sur le Congrès de Londres un utile document, c'est le second rapport de M. Ch. Vergé. Mais malheureusement le compte rendu officiel de l'ensemble des travaux du Congrès et les comptes rendus des divers comités nationaux que l'honorable académicien attendait comme les éléments nécessaires de son rapport lui feront en grande partie défaut.

C'est dans ces documents précités que les trois systèmes rivaux, qui se disputent en ce moment l'empire de la réforme pénitentiaire, auront à demander au Congrès de Londres les arguments qu'ils croiront respectivement y trouver en leur faveur.

Déjà les deux systèmes de la séparation continue et de la séparation de nuit seulement, avec le travail en commun de

Digitized by Google

jour, viennent de placer en Belgique la lutte de leur rivalité, par suite d'une notice publiée par M. Visschers sur la maison de Gand, qui représente le second système, et des documents produits par M. Stevens, inspecteur général des prisons belges, sur la maison de Louvain, où se pratique le premier.

Telles sont les observations dont nous avons cru devoir faire précéder le rapport verbal que M. Ch. Lucas a fait à l'Académie des sciences morales et politiques, et dont la notice de M. Visschers lui a fourni l'occasion. M. Ch. Lucas a présenté les appréciations suivantes :

« Dans cet écrit, a-t-il dit, M. Visschers expose d'abord l'état de la société, dans les provinces belges, vers le milieu du dix-huitième siècle, et l'imperfection des lois répressives à cette époque. Il retrace ensuite la vie du vicomte Vilain XIV, fondateur de la maison de correction de Gand, et en analyse les mémoires présentés aux États de Flandres en 1771 et en 1775 pour la construction et l'arrangement intérieur de la maison de correction, dont il expose l'ensemble sous le rapport du plan, de la division intérieure, de l'administration, de la police et de la direction des travaux.

« Ce n'est pas seulement en Belgique, mais en Europe, que la fondation de la maison de Gand est une date mémorable dans l'histoire de la réforme des prisons, ainsi que l'a déjà signalé notre éminent secrétaire perpétuel, M. Mignet, dans la remarquable notice qu'il a consacrée à la vie et aux travaux d'Édouard Livingston. M. Visschers a donc été naturellement amené par son sujet à tracer un rapide résumé historique du mouvement progressif de la réforme des prisons, pendant le siècle écoulé depuis l'érection de la maison de Gand, en 1771, jusqu'au Congrès pénitentiaire de Londres en juillet 1872.

« Le système suivi dans ce célèbre établissement, qui est celui du travail en commun et en silence avec le régime cellulaire de nuit, devait avoir à soutenir la comparaison du système cellulaire continu de jour et de nuit.

« L'auteur mentionne les divers Congrès internationaux consacrés à l'active propagande en Europe du système cellulaire de jour et de nuit pour les condamnés à long terme, qui créèrent en Belgique, à la maison de Gand, la rivalité de Louvain. M. Visschers donne de curieux renseignements sur la manière dont les deux premiers Congrès internationaux, de

Digitized by Google

Francfort-sur-le-Mein en 1846, et de Bruxelles en 1847, prétendirent imposer le système de la séparation continue. Le premier, convoqué par l'initiative personnelle d'un jurisconsulte allemand fort distingué, M. le docteur de Varrentrapp, mais qui était animé d'une foi trop exclusive dans l'efficacité du système cellulaire et trop peu tolérante pour les systèmes différents, se ressentit de son origine. Les membres en furent peu nombreux, mais le système de l'encellulement s'y trouva néanmoins représenté par ses partisans les plus autorisés. Cette influence originelle s'étendit même au congrès suivant de Bruxelles qui tint ses séances les 20, 21, 22 et 23 septembre 1847. Après avoir rappelé les résolutions arrêtées par le Congrès de Francfort, celui de Bruxelles édicta, dit M. Visschers, « une mesure réglementaire assez étrange. Il fut prescrit que l'on ne remettrait plus en question les principes généraux adoptés par l'assemblée de Francfort, et l'on ne s'occupa que des mesures organiques, des détails d'architecture et d'hygiène, etc. »

« On voit que ce qui avait caractérisé le Congrès de Francfort, c'était l'esprit de prosélytisme poussé à un degré assez prononcé d'intolérance, puisque la petite église pénitentiaire réunie sur les bords du Mein avait prétendu proclamer le dogme qui devait désormais être admis et pratiqué sans discussion. Mais les Congrès qui suivirent ne montrèrent pas la même déférence que celui de Bruxelles pour l'infaillibilité du concile pénitentiaire de Francfort-sur-le-Mein, et devant les lumières de la discussion et de l'expérience, le système de l'encellulement appliqué aux condamnés à long terme vit décroître de Congrès en Congrès le nombre de ses partisans et n'eut même pas la prétention, au Congrès de Londres, de réunir une majorité en sa faveur.

« En signalant cet esprit de prosélytisme qui s'est introduit dans la réforme pénitentiaire, pour lui imposer le système de l'encellulement comme une panacée universelle applicable à tous les degrés de la criminalité et à tous les établissements de détention, sous tous les climats et dans tous les pays, j'ai voulu seulement constater un fait historique, mais qui est loin de me paraître regrettable. L'esprit de prosélytisme est toujours le plus actif et le plus remuant. Il a été fort utile à la réforme pénitentiaire en stimulant une polémique qui l'a mise en relief, et qui a entraîné l'opinion publique à se mêler

Digitized by Google

parfois à ses débats. J'avais vu avec regret se refroidir la polémique des partisans de l'encellulement absolu, dont le silence semblait avoir restreint la place que la réforme pénitentiaire tenait dans les préoccupations de l'opinion publique. Le réveil de cette polémique ne peut qu'en ranimer la marche progressive, car la lutte de l'antagonisme est pour une réforme la vie et le mouvement, et il faut ajouter d'ailleurs que la cause de la séparation continue rencontre souvent, parmi les hommes qui la défendent, l'attrait et l'éclat d'un talent auquel personne ne rend plus sincèrement hommage que M. Visschers.

« En se livrant à l'examen comparé des deux maisons rivales de Gand et de Louvain et des deux systèmes différents qu'elles représentent pour les condamnés à long terme, M. Visschers apporte une telle impartialité dans ses appréciations que ce n'est qu'à la fin de son écrit qu'il est permis de connaître ses préférences, en lisant ses conclusions qui sont en faveur de la maison de Gand et du système qui y est suivi, non qu'il croie assurément que cet établissement soit parfait, mais parce qu'il en juge le système éminemment perfectible.

« J'ai eu récemment l'occasion d'être renseigné sur le régime et l'état actuel de la maison de Louvain, comme membre adjoint de la commission d'enquête pénitentiaire, décrétée par l'Assemblée nationale, qui a entendu dans ses séances des 17 et 20 décembre la déposition de l'habile organisateur de ce remarquable établissement, M. Stevens, inspecteur général des prisons de Belgique. Cette intéressante déposition va être publiée. Mais puisque ce rapport m'oblige à entretenir l'Académie de la maison de Louvain, je paraîtrais méconnaître l'importance de la déposition de M. Stevens et la convenance d'en utiliser les renseignements, si je la passais ici sous silence. Je n'en parlerai toutefois qu'incidemment, parce qu'il faut réserver pour le moment de sa publication un examen complet et approfondi, dans lequel il me sera facile d'unir les devoirs de l'impartialité aux sentiments d'une bienveillance dont M. Stevens a donné lui-même l'exemple à mon égard. M. Stevens ne veut pas, en effet, que je puisse voir en lui un adversaire, mais un disciple qui a puisé tous ses principes dans ma *théorie de l'emprisonnement*. Il ne peut admettre qu'un seul dissentiment entre nous, c'est celui de

Digitized by Google

ma part de ne pas croire applicables au système de la séparation cellulaire ces principes dont il ne fait que suivre l'application à la maison de Louvain. C'est de la part de M. Stevens une croyance bien sincère, mais c'est aussi une illusion dans laquelle je ne saurais le laisser.

« M. Stevens est un homme de talent et, ce qui est plus rare de nos jours, un homme de conviction et de foi. Mais sa foi dans le système cellulaire est si ardente qu'il va jusqu'à croire à l'infaillibilité de ce système. Il a été ainsi entraîné à donner à sa déposition le caractère d'un plaidoyer pour la maison de Louvain et d'un réquisitoire contre la maison de Gand, parce qu'il ne voit que des avantages du côté de la première et des inconvénients du côté de la seconde.

« M. Visschers s'est mieux rendu compte de la manière dont il faut apprécier les institutions humaines, nécessairement imparfaites, et dans lesquelles on peut faire en sorte que la somme des avantages dépasse celle des inconvénients, mais sans jamais arriver à supprimer ces derniers.

« Si M. Stevens veut savoir toute la gravité du dissentiment qui nous sépare, il l'apprendra dans Bacon qui dit : *Naturæ non imperatur nisi parendo.* On ne commande à la nature d'un être qu'en obéissant à sa loi. Croire que l'éducation pénitentiaire doive procéder en sens inverse de la nature de l'homme, réagir pendant de si longues années contre les besoins et les instincts de sa sociabilité et le refaire autrement que ce que Dieu a voulu qu'il fût, c'est tenter une impossibilité, c'est presque commettre une impiété, car c'est violer une loi divine envers ceux qui ont violé les lois humaines. L'immense intervalle qui sépare le système de la maison de Gand de celui de la maison de Louvain, c'est qu'à Gand on respecte cette grande loi de la sociabilité humaine qui, à Louvain, est méconnue.

« En écoutant la déposition de M. Stevens, je m'attristais de le voir s'épuiser en si stériles efforts pour montrer qu'on ne faisait que substituer pour le cellulé de Louvain les relations journalières d'une société honnête, et pour ainsi dire d'élite, aux relations dangereuses de la vie en commun. Comment un praticien aussi distingué imaginait-il de généraliser un système pénitentiaire qui demanderait à un état social aussi affairé que le nôtre le concours journalier de la population la plus honnête pour régénérer la plus coupable?

Digitized by Google

Comment, alors même que cette utopie serait réalisable, ne s'apercevait-il pas combien son application serait irrationnelle et inefficace? Quoi de plus illogique, en effet, que de créer au condamné, pendant le temps de sa captivité, un milieu factice et le plus opposé à celui qui l'attend à l'heure de la libération? A sa sortie ne doit-il pas rencontrer la société telle qu'elle était avant son entrée à la prison, avec les mêmes exigences de résistances journalières à l'influence des tentations, à celle corruptrice des mauvais conseils et au danger des mauvais exemples? Est-ce en ôtant au condamné l'habitude et l'énergie de la lutte nécessaire pour résister au mal qu'on le préparera à ne plus tomber dans la récidive? Il y a bien des dangers de corruption mutuelle, ainsi que je le disais récemment à l'Académie, dans la réunion des condamnés; mais il ne faut pas se les exagérer au point de croire que le régime pénitentiaire est incompatible avec celui de la vie en commun qui, après tout, est pour l'homme, innocent ou coupable, la loi de sa nature; qui est la vie d'où il vient quand il entre en prison et celle où il retourne quand il en sort; et qu'ainsi on ne pourrait sans inconséquence, pendant cette captivité temporaire, le mettre dans une situation en contradiction flagrante avec les conditions de l'état de sociabilité et de l'état de société dans lesquels il doit vivre.

« A mon entrée dans l'inspection générale, je soumis à l'administration une idée qui me semblait bien simple et bien pratique, et que je développai même dans une séance publique de la *Société de la morale chrétienne*[1], pour combattre le danger de la corruption mutuelle dans les prisons : c'était d'affecter une partie de ces prisons à tous les détenus frappés d'une première condamnation, afin de permettre à la discipline de créer parmi eux un nouvel esprit de corps qui atténuerait singulièrement les dangers de la vie en commun. Il ne fut pas donné suite à cette idée, qui ne consistait que dans une simple mesure administrative, et je suis plus convaincu que jamais que ce fut un malheur, et un grand malheur; car on eût pu créer parmi cette population nouvelle un esprit de corps bien différent de celui qui se perpétue dans les prisons sous l'empire de traditions invétérées.

« L'un des témoignages les plus significatifs que M. Ste-

[1] V. *Journal de la Société de la morale chrétienne*, séance du 22 avril 1839.

Digitized by Google

vens ait cru pouvoir invoquer dans sa déposition pour constater la supériorité du régime de la maison de Louvain sur celui de la maison de Gand, c'est le témoignage de la statistique, qui indique la proportion relative des punitions à la maison de Gand et à celle de Louvain et leur rareté dans cette dernière. M. Stevens ne faisait ainsi que prononcer la condamnation du système qu'il voulait préconiser ; car on a détruit le mérite de l'abstention de la faute quand on a supprimé l'occasion de faillir. Le système de la séparation cellulaire, comme je l'ai si souvent dit, est un système purement négatif, qui s'absorbe dans la préoccupation d'empêcher un condamné d'en démoraliser un autre et aboutit finalement à lui interdire de se moraliser lui-même. L'isolement cellulaire ne permet, en effet, ni l'initiative, ni l'épreuve, ni l'effort sans lesquels il ne peut y avoir ni moralité ni moralisation.

« Il faut rendre toutefois cette justice à M. Stevens qu'il se refuse à donner, comme le proposait le projet de loi de 1847 de M. de Tocqueville, une application illimitée à la séparation cellulaire de jour et de nuit. Il la repousse énergiquement pour les jeunes détenus. Et même pour les adultes, il ne veut pas franchir la limite de dix ans, après lesquels il demande que les cellulés de Louvain soient renvoyés à la vie en commun de la prison de Gand.

« C'est ainsi qu'après avoir méconnu qu'on ne viole pas indéfiniment le principe que l'éducation de tout être n'est que le développement de sa nature, il arrive un moment où il est obligé de le reconnaître et de le subir.

« Quelle étrange aberration que ce système cellulaire appliqué aux détentions prolongées ! Des deux lois qui régissent la nature humaine, celles de la perfectibilité et de la sociabilité, la seconde est la condition du développement de la première, et on ne trouve rien de mieux, pour régénérer le condamné, que de supprimer la loi même de son perfectionnement !

« M. Visschers consacre un chapitre à la citation des témoignages qui se sont produits en faveur de la maison de Gand. Il peut en ajouter un de plus, d'une date récente et d'une grande valeur, celui d'un savant criminaliste, M. d'Olivecrona, conseiller à la Cour suprême de Stockholm, qui, resté en dehors de la polémique soulevée par les différents systèmes pénitentiaires, se trouvait ainsi dans toutes les con-

Digitized by Google

ditions d'impartialité, lorsque, récemment appelé en Belgique par le Congrès international d'archéologie préhistorique, il a visité les prisons de ce pays.

« Voici comment il exprime l'impression de cette visite : « Je n'ai jamais vu de prisons aussi propres et aussi bien « tenues qu'en Belgique. Quant aux systèmes pénitentiaires « différents de Gand et de Louvain, je préfère du tout au tout « celui de Gand, où les prisonniers condamnés aux travaux « forcés à perpétuité travaillent ensemble pendant le jour, « mais sont séparés la nuit dans des cellules. Tous les direc- « teurs des prisons avec lesquels j'ai parlé ont été, sauf « M. Stevens et M. le directeur du pénitencier de Louvain, « les adversaires du système cellulaire pour un temps plus « long que deux ans. »

« M. Visschers préfère encore au système de la maison de Louvain celui inauguré en Irlande par sir Walter Crofton et connu sous le nom de *Système irlandais* ou *système d'emprisonnement graduel*. Il ajoute même que toutes ses sympathies sont acquises à ce système, qui lui paraît bien conçu dans son ensemble. Je n'ai pas ici à m'expliquer sur ce système, jusqu'à plus ample informé, et j'attends d'ailleurs à cet égard des documents qui me sont annoncés. Je citerai entre autres un examen comparé des divers systèmes qui se sont produits au Congrès de Londres par un praticien distingué, M. Beltrani Scalia, inspecteur général des prisons d'Italie; travail qui doit paraître dans la prochaine livraison de la Revue publiée à Rome sur la réforme et la discipline des prisons.

« Je dirai du reste qu'on se trompe en paraissant généralement croire qu'il n'existe aujourd'hui que deux systèmes pour la réforme pénitentiaire, car le nombre en est réellement de trois, à savoir : le système de la séparation continue; celui de l'isolement cellulaire de nuit et du travail en commun de jour sous la discipline du silence, avec la combinaison des trois mobiles de l'épreuve, de la crainte et de l'espérance par la classification répressive et rémunératoire; et celui enfin qui, sous le nom de système irlandais ou graduel, n'est qu'un système mixte qui aspire à fusionner les deux précédents.

« J'aurai l'occasion de revenir sur ce sujet. » P. B.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

1684. Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière et Cᵉ, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

Par M. PARADAN, conseiller à la Cour d'appel de Nîmes.

Les concessionnaires de mines sont-ils responsables, envers les propriétaires voisins, des dommages résultant pour ceux-ci des travaux de la mine et notamment du tarissement des sources que leurs propriétés renferment, lorsque ces concessionnaires sont en même temps propriétaires du sol au-dessous duquel se fait l'exploitation?

§ 1.

La Chambre des requêtes de la Cour de cassation a rendu, le 12 août 1872, sur cette grave et difficile question, un arrêt qui affranchit les concessionnaires de toute responsabilité [1].

Si cette solution est destinée à prévaloir dans la jurisprudence, on peut affirmer, d'ores et déjà, qu'elle entraînera quelquefois la ruine complète et presque toujours la dépréciation des immeubles situés dans le périmètre de la concession.

Sans méconnaître la difficulté de la tâche que nous nous imposons, et quelque grand que soit notre respect pour les décisions de la Cour suprême, nous allons essayer de démontrer que les principes généraux du droit, aussi bien que les textes spéciaux de la matière, conduisent à une solution différente de celle qu'a adoptée ce grand corps judiciaire.

Voici les faits qui ont donné lieu au litige :

Les époux Maurin possèdent dans la commune d'Alais une maison d'habitation avec enclos et jardin. Dans leur propriété se trouvait une source d'un débit très-régulier, dont les eaux étaient utilisées pour l'irrigation des terres. Pendant l'été de 1868 ces eaux cessèrent de couler, en même temps on constata des dégradations importantes dans les murs de la maison. Maurin attribua ces perturbations aux travaux que la compagnie des forges de Tamaris, concessionnaire des mines de Rochebelle, faisait exécuter dans le voisinage de sa propriété, et actionna le directeur de cette compagnie en réparation du préjudice par lui souffert.

[1] Dalloz, 73, 1, 369; Sirey, 72, 1, 353.

Digitized by Google

Le tribunal civil d'Alais nomma des experts pour vérifier si le tarisement de la source des époux Maurin provenait des travaux de la mine et, en cas d'affirmative, pour déterminer le montant du dommage à réparer.

L'expertise qui eut lieu constata, en effet, que la suppression des eaux était le résultat des travaux de la compagnie, mais elle constata également que cette dernière était propriétaire de la parcelle de terraîn au-dessous de laquelle elle avait pratiqué ses galeries d'exploitation.

L'expertise fixa aussi à 9,000 francs le dommage causé.

Malgré ces constatations, le tribunal civil d'Alais, par jugement du 19 mars 1870, et la Cour de Nîmes, par arrêt du 2 août 1871, repoussèrent la demande des époux Maurin.

Il y a eu pourvoi en cassation de la part de ces derniers ; mais la chambre des requêtes a cru devoir le rejeter.

Voici son arrêt :

« Sur le moyen unique, pris de la violation de l'article « 1382 du Code civil et des principes consacrés par la loi « du 21 avril 1810, spécialement de l'article 15 de cette loi « et de la fausse application des articles 552 et 641 du Code « civil :

« Attendu qu'il résulte des articles 544, 552 et 641 du Code « civil que la faculté qui appartient à tout propriétaire « d'user des eaux qui se trouvent dans son fonds constitue « pour lui un avantage accidentel, dont il peut être privé « sans dédommagement par les fouilles qu'un autre pro- « priétaire vient à pratiquer ou à autoriser dans son propre « fonds ;

« Attendu que les mines, à partir de la concession, for- « ment une propriété soumise aux règles du droit commun, « sauf les modifications qui peuvent avoir été apportées à « ces règles par des dispositions spéciales ;

« Attendu que si le propriétaire de la mine est obligé de « réparer les dommages que ses travaux peuvent causer aux « propriétaires de la surface, cette obligation peut d'autant « moins être étendue aux propriétés voisines, qu'elle est « fondée sur la nature particulière des relations créées entre « la mine et la surface, par la superposition de ces deux « propriétés, dont l'une est un démembrement de l'autre ;

« Attendu que si l'article 15 de la loi du 21 avril 1810

Digitized by Google

« dispose que le concessionnaire doit, le cas arrivant de « travaux à faire sous des maisons ou lieux d'habitations, « sous d'autres exploitations ou dans leur voisinage immé- « diat, donner caution de payer toute indemnité, en cas « d'accident, cet article déroge bien aux principes ordinaires « quant au cautionnement préventif qu'il exige, mais n'éta- « blit le droit a indemnité qu'à l'égard de dommages dont « la responsabilité incomberait également à toute personne, « pour les mêmes faits, en vertu de l'article 1382 du Code « civil;

« Attendu, dès lors, qu'en décidant, dans les circon- « stances par lui constatées, que la compagnie défenderesse « n'était tenue à aucune indemnité envers les demandeurs, « l'arrêt attaqué, loin de violer les dispositions invoquées « par le pourvoi, en a fait une juste application; — Re- « jette. »

Dans cette cause intéressante au plus haut degré, M. le conseiller Rau a présenté, comme rapporteur, de très-savantes observations en faveur de la thèse soutenue par le propriétaire de la source; mais le système contraire, développé par M. l'avocat général Reverchon, dans d'éloquentes conclusions, a prévalu, comme on vient de le voir, devant la chambre des requêtes.

Dans le cours de cette étude, nous aurons occasion de revenir sur les arguments qui ont été invoqués de part et d'autre par les deux éminents magistrats.

§ 2.

1. Précisons bien; tout d'abord le point que la Cour de cassation a jugé par ses deux arrêts du 8 juin 1869 [1].

Elle a décidé que le concessionnaire d'une mine était soumis à une indemnité envers le propriétaire de la surface, à raison du dommage causé à ce dernier, par le tarissement des eaux servant à l'exploitation de sa propriété, sans pouvoir s'abriter derrière le principe d'après lequel celui qui fait dans son fonds des fouilles qui amènent la suppression des sources de l'héritage voisin n'encourt aucune responsabilité envers le propriétaire de cet héritage.

[1] Dalloz, 70, 1, 147; Sirey, 69, 1, 413.

Digitized by Google

Il est vrai que, dans l'espèce de ces deux arrêts, les immeubles au préjudice desquels les eaux avaient été taries se trouvaient situées AU-DESSUS des galeries d'exploitation de la mine et que la chambre des requêtes n'eut pas à résoudre, bien qu'elle fut agitée devant elle, la question de savoir si le concessionnaire ne serait pas responsable même vis-à-vis du propriétaire VOISIN que les travaux de la mine priveraient de sa source; mais de la rédaction même de ses arrêts, il est permis d'induire qu'elle se fût prononcée pour l'affirmative, et qu'elle eût déclaré la responsabilité de la compagnie. « Attendu, y est-il dit, que si, aux termes des articles 7 et 19 « de loi du 21 avril 1810, la mine une fois concédée con- « stitue une propriété distincte de celle de la superficie, on « ne saurait cependant appliquer d'une manière absolue à « ces deux propriétés superposées TOUS LES PRINCIPES ÉTABLIS « PAR LE DROIT COMMUN A L'ÉGARD DES PROPRIÉTÉS VOISINES, ET « NOTAMMENT LES CONSÉQUENCES QUI RÉSULTENT DE L'ARTICLE « 552 DU CODE CIVIL;

« Qu'en effet, la constitution artificielle des deux pro- « priétés distinctes de la superficie et du tréfonds établit, « entre l'une et l'autre, des rapports nécessaires très-diffé- « rents de ceux qui existent entre deux héritages situés l'un « à côté de l'autre, et dès lors aussi des obligations récipro- « ques dont la loi de 1810 a dû tenir et a tenu compte;

« Que du rapprochement des articles 6, 10, 11, 15, 43 « et 45 de ladite loi, il résulte que LE LÉGISLATEUR A ENTENDU « PROTÉGER LA PROPRIÉTÉ DE LA SURFACE CONTRE LES ENTRE- « PRISES DU CONCESSIONNAIRE DE LA MINE; que la redevance « établie par cette loi ne représente que les droits du pro- « priétaire de la surface dans les produits de la mine, et ne « saurait être un forfait dispensant l'exploitant de l'indem- « niser du dommage que lui causerait l'industrie établie sur « le tréfonds;

« Attendu, à la vérité, que le texte de la loi n'a pas expres- « sément prévu le cas où les travaux de la mine produiraient « le tarissement plus ou moins complet des eaux servant à « l'exploitation de la superficie; mais que le principe de « l'indemnité formulé pour divers autres cas par les articles « précités, y est également applicable. *Ubi eadem ratio, ibi et* « *idem jus.* »

Digitized by Google

2. Ainsi quand les arrêts précités déclarent « qu'on *ne sau-* « *rait appliquer* d'une manière absolue tous les principes éta- « blis par le droit commun, à l'égard des propriétés voisines, « *et notamment les consequences qui résultent de l'article* 552 « *du Code civil;* » quand ils déclarent que du rapprochement des articles 6, 10, 11, 15, 43 et 45 de la loi de 1810, il résulte que le législateur a entendu PROTÉGER LA PROPRIÉTÉ DE LA SURFACE CONTRE LES ENTREPRISES DU CONCESSIONNAIRE DE LA MINE, ET QU'IL NE L'A PAS DISPENSÉ DE RÉPARER LE PRÉJUDICE QUE CAUSERAIT SON EXPLOITATION, nous croyons être le fidèle interprète de la pensée de la Cour de cassation, manifestée par elle dans ses arrêts de 1869, en disant que si elle avait eu à résoudre la question, elle eût accordé une indemnité au propriétaire *voisin* des galeries d'exploitation comme elle l'accorda au propriétaire du sol situé AU-DESSUS de ces galeries.

3. Il suit de là que si l'arrêt du 12 août 1872, qui fait l'objet de notre étude, s'est déterminé à refuser l'indemnité au propriétaire *voisin*, c'est surtout par cette considération capitale que la compagnie concessionnaire de la mine était en même temps propriétaire de la surface *au-dessous* de laquelle avait lieu son exploitation;

C'est donc en regard de ce fait qu'il faut maintenant examiner la question et nous demander s'il est de nature à modifier la solution qui avait prévalu dans les arrêts de 1869.

4. S'il est vrai, comme l'a dit la Cour de cassation en 1869, « qu'on ne saurait appliquer au concessionnaire d'une mine « tous les principes établis par le droit commun entre pro- « priétaires voisins et notamment les conséquences qui résul- « tent de l'article 552 du Code civil; »

S'il est vrai, enfin, que la loi du 21 avril 1810 a entendu *protéger la propriété de la surface contre les entreprises du concessionnaire de la mine*, comment ce dernier pourra-t-il échapper à la responsabilité du fait dommageable dont il est l'auteur, et invoquer la protection de l'article 552 du Code civil qui autorise le propriétaire du dessus à faire au-dessous toutes les fouilles qu'il jugera à propos? Cet article a entendu régler les droits des propriétaires voisins entre eux; mais est-ce comme propriétaire de la surface que la compagnie des mines de Rochebelle a pratiqué des galeries souterraines qui ont tari la source de Maurin? Évidemment non; or, si

Digitized by Google

ce n'est pas pour capter et utiliser elle-même cette source qu'elle a entrepris ses travaux, mais bien pour en extraire la houille que renfermait le tréfonds, il en résulte, de la façon la plus manifeste à nos yeux, que l'article 552 ne peut pas être invoqué par elle, et que c'est dans d'autres textes et à l'aide d'autres principes qu'il faut chercher la solution de notre question.

5. C'est en qualité de concessionnaire de la mine que la compagnie a fait procéder aux travaux qui ont coupé les veines alimentaires de la source, ce sont donc les principes régulateurs des droits et des devoirs des concessionnaires qui devront être appliqués et non le principe posé dans l'article 552 du Code civil.

Cet article lui-même prend soin de justifier notre thèse, puisque dans sa disposition finale il a ajouté : « Sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux « mines. » Ce qui indique bien que, dans la pensée du législateur, toutes les fois qu'il s'agira de mines, de leur concession et de leur exploitation, ce n'est plus l'article 552 qui sera applicable.

6. Il faut bien se garder de confondre les règles de la législation spéciale sur les mines avec celles du droit commun sur la propriété. Quand le concessionnaire exploite le tréfonds, il n'agit pas comme propriétaire dans le sens de l'article 552 du Code civil.

Le sous-sol, le tréfonds considéré comme mine, est en dehors du domaine privé. L'utilité publique, d'une part, la nature intrensèque des mines, de l'autre, ont déterminé le législateur à placer ce genre de propriété en dehors du droit commun.

Il n'est pas douteux que le concessionnaire serait passible de l'action *damni infecti*, si le propriétaire lésé se trouvait immédiatement *au-dessus* des travaux de la mine, ou même encore si, se trouvant seulement dans le *voisinage*, le concessionnaire du dessous n'était pas en même temps propriétaire du dessus. Se pourrait-il que la situation fût différente parce que le concessionnaire serait également propriétaire de la surface ?

Nous ne saurions partager ce sentiment ; car voici l'étrange conséquence à laquelle nous conduirait un pareil système :

Digitized by Google

admettons que la compagnie est propriétaire dans le périmètre de sa concession de quelques parcelles de terrain. Si, dans le cours de son exploitation, il lui arrive de couper les veines alimentaires d'une source qui naît dans la propriété du voisin, située même à une certaine distance, et que la surface au-dessous de laquelle cet accident s'est produit appartienne à un tiers, la compagnie sera responsable; et parce qu'elle aura l'heureuse fortune de posséder le lopin de terre situé immédiatement au-dessus des fouilles qui ont tari la source, elle serait indemne !

7. Il y a là une anomalie qui froisse la raison. Ne voit-on pas, en effet, que dès que le concessionnaire s'apercevrait, au moyen de sondages pratiqués dans ses galeries, qu'il va couper les veines d'eau qui alimentent la source du propriétaire voisin de son exploitation, il s'empresserait d'acheter, moyennant un léger sacrifice, la petite étendue de terrain qui serait située au-dessus de son exploitation, et échapperait ainsi à toute action en responsabilité?

8. Il ne faut pas confondre deux droits essentiellement distincts, le droit de propriété de la surface qui est absolu et dont l'exercice n'entraîne aucune responsabilité, et le droit de la concession qui est limité et dont l'exercice entraîne toujours avec lui l'obligation de réparer le dommage causé.

Les travaux nécessaires à l'exploitation d'une mine ne sauraient être assimilés aux actes de jouissance et d'exploitation d'une propriété ordinaire. Ces actes, restreints à des fonds d'une étendue peu considérable, s'exercent en vertu de facultés légales, inhérentes au droit de propriété. Au contraire, les travaux souterrains d'une mine qui embrasse une vaste étendue ne peuvent s'exercer qu'en vertu d'une concession. Une mine s'exploite sur une large échelle ; il ne nous paraît pas possible, à raison des différences qui la distinguent d'une propriété ordinaire, que les effets dommageables soient régis de la même facon.

§ 3.

Maintenant que nous croyons avoir établi que les articles 641 et 552 du Code civil ne sauraient être invoqués pour résoudre notre question, examinons si la loi spéciale du

Digitized by Google

21 avril 1810 ne renferme pas, dans l'ensemble de ses dispositions, des principes qui nous aident à la trancher.

9. A cet égard nous croyons pouvoir dire qu'aucun doute ne saurait exister, et que bien souvent la jurisprudence a su trouver dans les dispositions de cette loi des principes protecteurs de la propriété privée, et proclamer la responsabilité des concessionnaires à raison des dommages par eux causés.

10. La Cour suprême et les Cours d'appel ont depuis longtemps décidé que le concessionnaire était passible de dommages-intérêts envers le propriétaire de la surface non-seulement s'il occupait temporairement son terrain, mais encore dans le cas où il lui causait un préjudice par l'EXPLOITATION SOUTERRAINE de la mine; la seule divergence venait de ce que certaines Cours allouaient l'indemnité DOUBLE, tandis que d'autres (ce qui est aujourd'hui un point de jurisprudence définitivement admis) n'accordaient que l'indemnité SIMPLE; mais toutes trouvaient, soit dans le droit commun (art. 1149 et 1382 C. civ.), soit dans la loi sur les mines (art. 43 et 44), le principe de la responsabilité incombant au concessionnaire[1].

11. Les arrêts rendus par la Cour de cassation le 8 juin 1869 ne disent-ils pas en toutes lettres « que du rapprochement des articles 6, 10, 11, 15, 43 et 45 de la loi de 1810, « il résulte que le législateur a entendu protéger la propriété « de la surface contre les entreprises du concessionnaire de « la mine? » Qu'on cesse donc d'invoquer le silence de cette loi pour en conclure que ce dernier échappe à toute responsabilité dans l'exploitation de son entreprise, à moins qu'il ne commette une faute ou un quasi-délit.

12. L'article 15 nous paraissant s'appliquer plus directement à la question que nous examinons, il nous semble opportun d'entrer dans quelques détails. Cet article est ainsi conçu : « Il (le concessionnaire) doit aussi, le cas arrivant de « travaux à faire sous des maisons ou lieux d'habitation, « sous d'autres exploitations ou dans leur VOISINAGE immé« diat donner caution de payer toute indemnité, en cas d'ac« cident. »

[1] 23 juillet 1862, Cour de cass. ch. réun.; Dalloz, 62, 1, 257. Cet arrêt décide que l'indemnité simple est seule due.

Digitized by Google

Donc si le législateur exige que le concessionnaire donne caution de payer toute indemnité, en cas d'accident causé aux propriétés VOISINES de son exploitation, c'est que probablement il a entendu que tout dommage fût réparé non-seulement s'il était causé aux immeubles situés au-dessus du toit de la mine, mais encore à ceux qui se trouvent dans le *voisinage.*

13. Les paroles que prononça l'empereur Napoléon devant le Conseil d'État, lors de la discussion de l'article 15, ont, à nos yeux, une trop grande signification et prêtent à notre thèse un appui trop considérable pour ne pas être reproduites ici :

« Pour prévenir toute entreprise nuisible aux voisins, on « pourrait astreindre l'exploitant à donner caution des dom- « mages que peut occasionner son entreprise, toutes les fois « qu'un propriétaire voisin craindrait que les fouilles ne « vinssent ébranler les fondements de son édifice, tarir les « eaux dont il fait usage ou lui causer quelque tort. »

Ces paroles résument de la façon la plus claire l'esprit de la loi, et l'on peut bien affirmer que les arrêts de la Cour de cassation en réflètent la pensée lorsqu'ils disent que *le principe de l'indemnité ne doit pas être restreint aux cas prévus par la loi qui ne contient d'ailleurs aucune expression limitative, et par l'effet de la règle* UBI EADEM RATIO IBI ET IDEM JUS ESSE DEBET, *il doit être étendu à tous les cas analogues où l'exploitation de la mine cause un préjudice à la propriété de la surface.*

14. Il n'y a pas d'illusion à se faire sur la portée de l'arrêt que nous discutons en ce moment. Elle est on ne peut plus grave et compromettante pour une foule d'intérêts agricoles et industriels. Notre question préoccupe à juste titre tous les propriétaires dont les immeubles, situés dans le périmètre ou dans le voisinage d'une concession, sont arrosés par des eaux de source. Sous ce rapport, elle intéresse l'agriculture; mais elle intéresse aussi toutes les usines qui sont alimentées ou mises en mouvement par des sources jaillissant à la surface, et dont les propriétaires sont exposés au danger de perdre les eaux qui constituent la valeur de ces immeubles industriels.

Digitized by Google

§ 4.

15. Avant de terminer cette étude, il nous reste à examiner les arguments de l'arrêt que nous discutons.

La chambre des requêtes décide que la faculté d'user des eaux d'une source est un *avantage accidentel* dont le propriétaire peut être privé *sans dédommagement* par les fouilles qu'un autre propriétaire pratique ou autorise dans son fonds.

Nous répondons, en premier lieu, que les articles 544, 552 et 641 du Code civil consacrent au profit du propriétaire du sol où naît la source, un droit et non pas *un avantage accidentel et précaire;* c'est un droit réel et très-précieux, limité seulement par les droits analogues des propriétaires voisins. Les droits de ceux-ci sont fondés : 1° sur ce que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous (art. 552 C. civ.); 2° sur le droit d'accession qui attribue au propriétaire tout ce qui s'unit et s'incorpore à son immeuble (art. 551 C. civ.).

16. Mais ces principes ne s'appliquent pas à la propriété d'une espèce particulière que crée la loi de 1810. La concession de la mine n'emporte pas, en effet, la *propriété du dessus.* Celle-ci ne peut souffrir ni altération ni dépréciation par la création de cette propriété nouvelle. La concession de la mine n'emporte même pas la propriété du dessous. Elle est bornée par les termes du décret au minerai concédé, elle ne s'étend pas à tout le tréfonds, ni à ce qui s'unit et s'incorpore au minerai concédé. Cela est si vrai, que si le tréfonds renferme d'autres minerais à côté de ceux qui ont été concédés, ils n'appartiennent pas, par droit d'accession, au concessionnaire. Il existe de cela plusieurs exemples dans le bassin houiller de l'arrondissement d'Alais.

De tout ceci il résulte que la situation du propriétaire de la surface ne peut point être aggravée et sa fortune compromise par les travaux souterrains de la mine.

17. Dans les savantes conclusions qu'il a développées devant la chambre des requêtes, M. l'avocat général Reverchon invoque les dispositions de la loi 24, § 12, lib. 39, tit. 2, *De damno : In domo mea puteum aperio, quo aperto venæ putei tui*

Digitized by Google

sunt præcisæ, an tanear? Ait Trebatius, non teneri me damni infecti, neque enim existimari operis mei vitio damnum tibi dari in ea re in quâ jure meo usus sum.

Cette loi s'applique-t-elle à notre espèce et le concessionnaire d'une mine peut-il l'invoquer? Nous ne saurions l'admettre, car elle a été faite pour le cas où il s'agit d'une propriété pleine et entière qui s'étend à tout ce qui s'unit et s'incorpore au fonds, tant à la surface que dans les entrailles de la terre; tandis que le concessionnaire d'une mine n'a qu'un droit *restreint et rigoureusement* limité au minerai concédé. Il n'a pas d'autre titre que le décret qui fixe son droit et qui ne lui donne pas le monopole des eaux souterraines sur lesquelles, au contraire, le propriétaire du sol conserve tous les droits qu'il avait avant la concession.

Donc, quand l'exploitant dévie ou fait disparaître les sources au préjudice du propriétaire de la surface, il n'use pas de son droit comme le ferait le propriétaire du sol voisin. Il ne peut pas dire comme celui-ci : *Jure meo usus sum; feci, sed jure feci;* car non-seulement il prend ou dévie des eaux qui ne lui appartiennent pas, mais encore il aggrave et change la position des héritages de la surface.

Donc, sous ce rapport comme sous tous les autres, il n'est pas possible d'assimiler la mine à la propriété foncière et de lui appliquer, comme le fait l'arrêt du 12 août 1872, les articles 544, 552 et 641 du Code civil.

18. Un second argument opposé par cet arrêt se formule ainsi : Les mines, à partir de la concession, forment une propriété soumise aux règles du droit commun (art. 7 et 19 de la loi du 21 avril 1810).

Nous croyons avoir démontré, par les observations qui précèdent, qu'une mine concédée constitue une propriété *d'une nature particulière*. Sans doute la propriété de la mine est soumise au droit commun, comme le dit l'article 7. Elle peut donc être vendue, hypothéquée comme les autres biens; mais elle n'en reste pas moins restreinte et limitée au minerai concédé, sans pouvoir empiéter sur tous les autres droits qui demeurent réservés aux propriétaires du sol. Le concessionnaire ne peut leur causer impunément des dommages, ou faire naître à leur détriment des dangers qui n'existaient pas avant la concession et qui seraient de véritables confis-

Digitized by Google

cations, s'ils ne donnaient pas lieu à des indemnités que le droit commun et l'équité prescrivent.

Le système que nous combattons, loin de placer la mine sous le régime du droit commun, lui ferait au contraire une position privilégiée, puisque, d'une part, il donnerait à cette propriété nouvelle le droit de nuire aux propriétés du sol qui existaient avant elle, et que d'autre part, il créerait en faveur de ce domaine souterrain le droit de changer le régime des eaux et d'en détourner le cours; tandis que le propriétaire du sol est obligé par l'article 644 du Code civil de rendre les eaux à leur cours ordinaire, quand il s'en est servi.

Le concessionnaire de la mine dont les galeries et les filons sont traversés par des cours d'eau aurait donc un privilége exorbitant (refusé au propriétaire du sol) de les dévier et de les faire perdre au préjudice des héritages où la pente naturelle les amenait et au profit desquels on les utilisait.

Ce n'est pas le droit commun, mais bien un privilége que l'on invoque au profit de la mine.

19. L'arrêt que nous étudions refuse toute indemnité parce que, d'après l'article 1382 du Code civil, il n'y aurait lieu à réparation du préjudice que si le concessionnaire avait commis une faute, tandis qu'il use de son droit en exploitant sa mine selon les règles de l'art.

La réponse à cette objection est facile. Ce n'est pas seulement par l'application de l'article 1382 que nous maintenons le droit du propriétaire lésé; c'est surtout en vertu de ces grands principes : que nul ne peut être contraint de subir la perte ou la diminution de valeur de sa propriété par suite d'une loi ou d'un décret, sans être indemnisé, et qu'on ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui.

Lorsque, dans une foule d'espèces, la jurisprudence a condamné les concessionnaires à des dommages par application des articles 6, 10, 11, 15, 43 et 44 de la loi de 1810, et non en vertu de l'article 1382 du Code civil, il n'y avait aucune faute de leur part, puisqu'ils usaient du droit dérivant de leur concession; mais c'est parce que cette concession ne leur donnait pas le droit de nuire impunément à autrui et de s'enrichir à ses dépens.

Digitized by Google

20. L'arrêt déclare que la solution serait différente et que l'indemnité serait due si le propriétaire de la source tarie se trouvait immédiatement au-dessus des galeries souterraines, et pour le décider ainsi, il se fonde *sur la nature* particulière des relations créées entre la mine et la surface par la superposition de ces deux propriétés, dont l'une est un démembrement de l'autre; mais cette obligation ne saurait, dit-on, s'étendre aux propriétés voisines.

Si, comme nous croyons l'avoir démontré, l'exploitant n'a pas sur les eaux souterraines un droit semblable à celui que le propriétaire du fonds possède en vertu de l'article 552 du Code civil, il faut en conclure qu'il n'a pas le droit d'en disposer et d'en priver, sans dédommagement, les héritages de la surface, qu'ils soient ou non situés au-dessus des galeries d'exploitation.

21. Dès qu'une mine est concédée, toutes les propriétés comprises dans le périmètre de la concession perdent le droit qu'elles avaient sur le minerai et subissent le même démembrement; elles sont toutes soumises aux mêmes inconvénients, aux mêmes dangers; il est donc juste et rationnel qu'elles participent toutes au même droit d'indemnité quand le dommage auquel les expose l'exploitation souterraine se réalise; aussi ne comprenons-nous pas une distinction que repoussent le droit commun et l'équité. Ce n'est pas un privilége que revendique le propriétaire lésé, mais bien l'application de ce grand principe de droit et d'équité que nous avons rappelé plus haut et que le législateur de 1810 n'a eu garde de méconnaître et de violer.

22. Les inquiétudes des propriétaires dont les immeubles sont situés dans le périmètre des mines exploitées sont grandes. La fortune de plusieurs d'entre eux peut être gravement compromise. Faisons des vœux pour que la Cour suprême soit de nouveau et au plus tôt appelée à résoudre notre question; faisons des vœux surtout pour que la solution qui interviendra mette un terme à de bien légitimes préoccupations.

PARADAN.

Digitized by Google

DE L'ENSEIGNEMENT DU DROIT ET SPÉCIALEMENT DU DROIT ROMAIN DANS LES FACULTÉS DE L'ÉTAT.

Par M. A. Seligman, président du tribunal d'Annecy.

(*Suite et fin* [1].)

QUELLES SONT LES MESURES A PRENDRE POUR AMÉLIORER L'ENSEIGNEMENT DU DROIT ROMAIN DANS LES FACULTÉS DE FRANCE.

Nous avons expliqué précédemment comment le droit romain avait été enseigné par les glossateurs, et ensuite par les commentateurs; que ces derniers surtout, laissant de côté les sources, y avaient introduit un vain formalisme; qu'enfin, grâce à l'école française des XVIe et XVIIe siècle, la science du droit romain avait fait de grands progrès. En l'éclairant à la lumière de l'histoire, et en l'étudiant dans son développement successif, elle avait épuré toute les matières et préparé tous les matériaux nécessaires à la marche de la science.

L'école allemande a largement profité des travaux de nos grands maîtres, et procédant comme eux dans ses recherches historiques, elle a dirigé les études du droit romain avec une méthode exclusivement systématique, qui a servi à préciser davantage les idées et à faire ressortir le lien intérieur de l'ensemble du droit. En s'attachant moins au texte, elle a favorisé le libre essor de la science.

En France, au XVIIIe siècle, les jurisconsultes se distinguaient par des connaissances plus étendues que profondes.

La philosophie d'alors s'était attaquée à toutes les institutions humaines que le temps avait créées, d'après la critique de la raison pure. Ils leur demandèrent compte de leurs motifs, ils les confrontèrent avec ce qu'on appela les lois naturelles. On ne remontait plus aux sources historiques, on ne tenait aucun compte du développement successif des mœurs de la nation; tout devait être réformé suivant des théories abstraites.

Dans le *Contrat social* de Rousseau, on voit la société hu-

[1] Voir *Revue*, livraison d'avril 1873.

Digitized by Google

maine sapée par la base, pour la ramener à l'état de nature. Ces doctrines ont fini par produire les excès révolutionnaires, dont la législation elle-même s'est vivement ressentie, jusqu'à ce que le Code civil ait rétabli le droit privé sur ses fondements traditionnels, tout en consacrant ce qu'il y avait de sain dans les idées modernes. A peine ce monument de notre législation actuelle avait-il paru, que les jurisconsultes l'ont étudié avec ardeur; ils l'ont examiné dans toutes ses parties. Ces beaux travaux ont formé d'excellents commentaires de la loi nouvelle; mais ayant en vue, avant tout, l'utilité pratique, ils ont eu un moindre résultat pour le progrès de la science du droit.

Quant au droit romain, malgré des efforts isolés très-remarquables, il a été quelque peu négligé, justement parce qu'on s'adonnait presque exclusivement à l'étude de nos Codes. Nous avons dit que l'enseignement, appliquant au droit romain la méthode exégétique, jetait souvent la confusion dans l'esprit des élèves. L'explication détaillée de tous ces textes les embarrassait; ils se perdaient dans le labyrinthe de ces nombreuses lois, et n'en ayant pas la vue d'ensemble, ils ne comprenaient pas l'utilité de ces études, qui restaient sans profit pour leur intelligence du droit. Cet inconvénient était signalé dans divers passages du rapport fait par M. Accarias, qui veut que le droit soit présenté, dès le début, aux étudiants, dans ses principes généraux. Grâce à une bonne classification du droit, dit-il, au lieu de s'avancer comme à tâtons et dans un pays sans lumière, ils se feraient tout de suite une idée exacte et complète de la science juridique, aperçue, tout à la fois, dans la variété de ses divisions et subdivisions et dans l'harmonie de son ensemble. La même idée de l'insuffisance de la méthode en usage est mise en relief dans un autre endroit du même rapport, où la sous-commission propose de commencer l'étude du droit par un cours général et élémentaire, où le professeur aborderait successivement, et dans un ordre choisi par lui-même, toutes les matières du droit civil, exposant de chacune l'historique et les principes essentiels, mais n'épuisant que les plus simples, et souvent se contentant de tracer un cadre à remplir plus tard. Ainsi préparé par un ensemble de vues, connaissant en quelque sorte la carte du droit civil, l'étudiant recevrait,

Digitized by Google

dans chacune des deux années subséquentes, un enseignement approfondi. D'après ces innovations, l'enseignement se composerait, pour la première année, d'un cours d'introduction générale à l'étude du droit (droit naturel, classification et histoire abrégée du droit); 2° d'un cours élémentaire du droit romain; 3° d'un cours élémentaire du droit civil français.

Nous savons que le droit naturel sainement entendu ôte à la loi la sanction d'un *sic volo, sic jubeo* capricieux, et la transporte dans les régions plus élevées du vrai et du nécessaire.

En effet, une législation faite pour gouverner une société bien organisée ne doit être, d'après sa nature, rien autre chose qu'une émanation d'une vue philosophique, s'élevant au-dessus des fantaisies des despotes, et embrassant tous les rapports de l'homme et du citoyen. Les lois mauvaises, en contradiction avec la nature humaine, ne peuvent jamais être d'une application durable. Elles sont la source d'une routine arbitraire, d'usages incertains, de controverses qui exercent la subtilité des sophistes, mais qui ne constituent jamais une base scientifique. Le droit naturel serait considéré comme le droit idéal, ou plutôt l'idéal du droit. Mais il faut reconnaître que les théories du droit naturel, prenant leurs sources dans la raison seule de l'homme, ne reposent sur aucune base assurée, et comme dans toutes choses tenant exclusivement aux opinions des hommes, on peut appliquer aux doctrines du droit naturel le mot : « *Tot capita, tot sensus.* » Il n'entre pas dans notre cadre d'exposer les différents systèmes qui ont existé parmi les jurisconsultes et les philosophes sur le droit naturel. Les uns le confondent avec la morale; Kant, au contraire, distingue nettement le droit naturel de la morale. Selon lui, le droit régit les actions externes, et la morale les actions internes de l'homme. L'école anglaise, représentée par Hobbes, et, plus tard, par Bentham, réduit le droit naturel à une question d'utilité pour l'homme : principe subversif pour la morale. Dans le système de Hobbes, il s'agit de l'utilité sociale par laquelle il défend le pouvoir absolu des souverains; Bentham, au contraire, confond le juste avec l'intérêt de l'individu. Grotius et Montesquieu, ainsi que les rédacteurs du Code civil, disent, en différents endroits, que

Digitized by Google

la raison, en tant qu'elle gouverne indéfiniment tous les hommes, s'appelle droit naturel. Cette définition avait déjà été donnée, par les jurisconsultes stoïciens, dans ces termes : « *Quod naturalis ratio inter omnes homines constituit.* »

L'école socialiste moderne, oubliant l'homme comme individu, voit dans le droit naturel le droit perfectionné de l'humanité. De là l'homme étant, en effet, non pas considéré dans son individualité propre, mais comme partie de l'humanité, il en résulte que cette individualité et tous les droits qui s'y rattachent sont nécessairement dominés par les droits de l'humanité elle-même. Ainsi, dans ce système, le droit au travail est considéré comme étant de droit naturel, la propriété est restreinte à ce qui est nécessaire pour satisfaire à nos besoins; elle est personnelle ; elle n'est disponible que pour ce qu'on a produit soi-même ; elle est comme une copropriété indivise de la même famille : car c'est à l'humanité que la terre, avec toutes ses créatures, a été soumise par la Providence pour accomplir la destinée, et non pas à l'homme comme individu.

On voit que le droit naturel, ainsi compris, nous amène à la suppression du droit de tester et de succéder d'après la loi. Il attaque profondément la famille et le mariage, et finit par aboutir, dans ses conséquences éloignées, au communisme.

Il résulte de ce qui précède que la diversité dans la manière d'entendre le droit naturel peut conduire à un enseignement d'autant plus dangereux pour la jeunesse que nous vivons dans des temps troublés, où tous ces problèmes sociaux sont vivement agités. Si on laissait ainsi toute liberté au professeur, dans l'enseignement du droit naturel, on pourrait arriver à de graves abus. Au contraire, prescrit-on un programme défini des doctrines à enseigner dans le droit naturel, on institue alors des chaires de droit naturel officiel. Il suffit d'énoncer ces deux épithètes réunies ensemble pour démontrer l'impossibilité de cet enseignement, et, dans tous les cas, les grands inconvénients auxquels il peut donner lieu.

Quel que soit le mérite des auteurs qui ont écrit sur le droit naturel, ceux d'entre eux qui, s'attachant aux principes que nous ont laissés les grands jurisconsultes romains, sous l'influence des idées stoïciennes, nous présentent la meilleure sauvegarde de la société. Selon Gaïus, le droit naturel, ou

Digitized by Google

des gens, est celui *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit* (C., 1, 1). Ainsi la base du droit naturel serait la raison naturelle de l'homme. Le jurisconsulte Paul dit qu'on appelle droit ce qui est équitable et bon, comme le droit naturel. *Quod semper æquum et bonum est jus dicitur; ut est jus naturale* (L. 11, D., *De justitia et jure*). Justinien définit le droit en général : *ars æqui et boni*, confondant ensemble la morale et le droit. C'est grâce à ces principes, qui pouvaient s'appliquer à toute l'humanité, que le droit romain est devenu la base des législations des peuples civilisés.

Qu'il me soit permis ici d'ajouter quelques mots sur la vraie signification de l'enseignement du droit romain. Le droit romain est aujourd'hui rarement appliqué en France comme législation en vigueur; mais il est constant que nos Codes renferment, en grande partie, des principes tirés de ce droit, tels qu'ils ont été exposés par nos jurisconsultes, et notamment dans le traité de Pothier. Il est donc nécessaire, pour bien comprendre nos lois, et même pour pouvoir les améliorer, d'avoir une connaissance exacte du développement historique du droit romain où elles ont été puisées. On peut même dire avec raison que le droit romain a eu une importance majeure pour la science juridique, en général, dans le monde civilisé, importance qui s'étend bien au delà de nos frontières. Et cela par deux motifs : en effet, les règles de ce droit ne reposent pas, pour la plus grande partie, sur l'esprit particulier au peuple romain, mais elles sont l'expression des relations juridiques de tous les hommes en général. Ces notions juridiques, tirées des principes sociaux qui s'étendent à tous les hommes civilisés, ont été développées par les jurisconsultes romains avec une telle supériorité, qu'aucune jurisprudence depuis n'a pu les égaler. Ainsi le droit romain, par la concision, la netteté, et je dirai même l'élégance avec lesquelles ses doctrines ont été formulées, sera toujours comme un modèle pour nous instruire dans la science du droit. Quoique ses principes soient exprimés avec une précision et une exactitude remarquables, ils ont cependant une élasticité telle qu'ils s'adaptent facilement aux institutions nouvelles, et laissent toujours la place ouverte aux progrès de l'humanité. Le droit romain est constamment clair, puisé dans la raison pratique, et malgré sa profondeur, il n'est

Digitized by Google

jamais abstrait. Nous ne voulons pas dire par là que le droit romain est l'idéal du droit : idéal qui ne peut exister chez aucun peuple.

Dans le domaine du droit, comme ailleurs, la vérité ne se révèle qu'au travail progressif de l'esprit humain; mais on ne peut contester qu'il est le résultat du développement intellectuel d'un peuple qui, parmi toutes les nations dont parle l'histoire, avait la plus grande aptitude pour la culture du droit. Oui, le droit romain n'est pas la perfection absolue, pas plus que l'art grec n'est l'idéal de l'art; mais dans ces travaux de l'intelligence, ces peuples occupent encore le premier rang. Si donc le droit romain n'a plus chez nous d'importance, pour son application pratique, comme loi positive, il a conservé toute sa valeur scientifique. Il résulte de ce fait qu'il doit être étudié bien moins au point de vue de ses dispositions spéciales, mais dans son esprit, sans s'attacher à la lettre. La science du droit romain ne doit plus consister dans l'explication des textes, mais dans la formation d'un corps clair et précis de doctrines; il faut l'embrasser dans son ensemble, et, en s'appuyant sur son développement historique, le présenter sous une forme systématique.

Certes, bien des matières du droit romain n'ont plus la même importance pour nous. En effet, sur beaucoup de points, les conceptions fondamentales des Romains s'éloignent absolument des nôtres, et ont été abandonnées sans retour. Aussi, dans la méthode systématique, on laisse de côté ce qui est simplement passager, et l'on approfondit les idées durables. On doit examiner l'ensemble du droit romain dans un ordre rationnel, et, grâce à cette méthode, on l'envisage d'abord dans sa généralité, abstraction faite des objets auxquels il se rapporte, et ensuite on le divise selon les objets dont il trace les règles. Cette division est puisée dans la raison même des choses. En effet, avant de s'occuper des droits en particulier, il faut exposer les principes généraux dont la connaissance doit précéder les différentes matières du droit privé. Quand on arrive ensuite à l'examen du droit privé, selon les objets qu'il contient, il se présente, en première ligne, l'homme qui a des droits inhérents à sa personne (état, capacité juridique). Ensuite mis en rapport avec la nature extérieure, il exerce des droits sur les choses; ce qui forme

Digitized by Google

les droits réels (propriété, servitude, priviléges, hypothèques). Dans la vie, les besoins mutuels établissent des rapports juridiques d'une personne à une autre; c'est de là que procèdent des droits appelés obligations. Enfin, la famille, étant la base de la société, crée des droits et des devoirs réciproques; son rôle important dans les destinées de l'humanité donne lieu au droit de famille, où tous les rapports de ses différents membres sont réglés. L'individu meurt; il importe de transmettre l'état de société aux générations suivantes; de là le droit de succession.

Ce serait nous écarter trop de notre sujet que de nous occuper davantage de l'ordre et de la division des matières du droit privé. Ce que la méthode systématique doit surtout rechercher, c'est de préciser et de poser des principes sûrs, d'où les conséquences découlent naturellement, de façon qne les textes ne soient indiqués que pour donner plus de force et de relief aux doctrines. Cette méthode d'enseigner le droit est plus difficile, parce qu'elle demande une vigueur de conception dont tout le monde n'est pas capable. Mais le droit romain, ainsi expliqué, aura plus d'attrait et formera davantage l'intelligence des élèves. Il peut aussi en résulter un grand progrès pour la marche de la science.

Nous n'entendons, d'ailleurs, rien changer pour la durée des études, telle qu'elle est proposée dans le travail de la commission. Avec la méthode systématique, il suffira d'une année pour initier les élèves aux principes généraux du droit romain. N'étant pas arrêté par l'explication détaillée des textes, le professeur peut les exposer d'une façon plus condensée et plus précise, et réserver une étude plus approfondie du droit romain pour le cours des Pandectes proposé pour le doctorat dont la durée est de deux années.

Les élèves, étant familiarisés par les leçons de la première année avec les principes généraux du droit romain, seront plus aptes à pénétrer à fond dans les détails des doctrines qui, dans ces deux années, peuvent être traitées par le professeur avec toute l'étendue qu'elles comportent.

Au lieu de se perdre dans les détails, un professeur distingué fera ressortir avec précision les idées du droit romain, il les mettra en relief pour les comparer à la législation actuelle et aux principes nouveaux de l'économie politique,

Digitized by Google

qui ont une grande influence sur la législation et la science du droit. De ce travail de l'intelligence sortiront des effets salutaires pour le progrès de notre législation. Au lieu de meubler la mémoire des élèves de nombreux textes, on déposera dans leur raison la semence fructifiante de fortes doctrines.

Si pour l'explication de nos lois françaises, la méthode exégétique peut avoir des avantages au point de vue pratique, parce qu'elle familiarise l'étudiant avec le texte des lois en vigueur, que dans la vie réelle il sera obligé d'appliquer fréquemment, il n'en est pas de même pour le droit romain, qui a, pour ainsi dire, cessé d'avoir une application pratique sérieuse en France. Ce droit appartient au domaine de l'histoire et de la science, et c'est sous ce rapport qu'il doit être étudié.

Il ne faut pas oublier que, depuis la publication de nos Codes, il s'est produit, dans la pratique, des difficultés et des controverses nombreuses, dont la solution a donné lieu à une jurisprudence qui a souvent varié. Bien des esprits, frappés de cette divergence dans l'interprétation de notre législation, croient une nouvelle codification nécessaire, comme si un nouveau Code pouvait arrêter les discussions que soulève le conflit des intérêts, et le travail continu de l'esprit humain. Il faut toutefois reconnaître que la marche de la société, les progrès de tous genres, l'œuvre de la jurisprudence, cette loi vivante, peuvent nécessiter une nouvelle codification pour certaines parties de nos lois qui ne sont plus en harmonie avec notre société. Il ne faudrait pas abandonner exclusivement nos réformes législatives aux praticiens, il faut éclairer leurs travaux par l'esprit scientifique; et nous croyons que la méthode systématique, dans l'enseignement du droit romain, si propre à former de grands penseurs, aurait une influence sérieuse sur le progrès de notre législation.

L'introduction de la méthode que nous proposons trouvera de grands obstacles dans les habitudes prises depuis longtemps. Même des esprits distingués quittent difficilement le chemin battu. Il est si commode de continuer à faire ce qu'on a pratiqué depuis de si longues années. Nos professeurs ne sont pas familiarisés avec la méthode systématique

Digitized by Google

dans l'enseignement du droit romain. C'est surtout en Allemagne qu'elle a produit des résultats heureux.

Nous avons raconté comment les travaux de nos grands jurisconsultes du XVIe et du XVIIe siècle ont servi de base à l'édifice élevé par l'école historique allemande, dont le chef était Savigny. Nous pouvons même dire avec un juste orgueil que les découvertes faites par les grands savants du XIXe siècle, en comparaison des travaux de notre ancienne école française, sont peu nombreuses. Mais ils ont su donner aux matériaux amassés une excellente classification. Grâce à la méthode systématique en usage, ils ont fait ressortir le lien intime qui rattache toutes les parties du droit romain, en exposant les principes avec pénétration et netteté. Ce n'est pas que quelquefois, à force de vouloir creuser une idée, suivant la tendance de l'esprit allemand, ils ne l'aient souvent obscurcie. Mais, en résumé, il faut constater qu'ils ont fait faire un pas à la science du droit romain.

Malgré les travaux isolés des Giraud, des Laboulaye, des Pellat, des Ortolan, etc., on est resté en général étranger aux œuvres des *romanistes*[1] allemands. Il serait donc bon de les faire connaître, et, dans ce but, de confier à des agrégés distingués, et choisis spécialement par M. le ministre de l'instruction publique, la mission d'étudier, dans des Universités étrangères, la méthode et l'état de la science tels qu'ils s'y trouvent. Pourquoi ne pas faire pour les sciences de la paix ce qu'on fait pour l'art militaire? Ils pourraient adapter à l'esprit français les ouvrages faits par les savants les plus connus de l'Allemagne moderne, ceux des Puchta, des Arndts et des Windscheid. Il est notoire qu'en Allemagne le droit romain a cédé presque partout la place aux législations particulières des États; mais son étude n'en a pas moins progressé, dans ce pays, sous le rapport scientifique.

Grâce à l'intelligence et à l'ardeur de notre studieuse jeunesse, nous pourrons nous mettre rapidement au niveau des progrès accomplis par les savants étrangers, qui n'ont fait que cultiver le terrain préparé par l'école française du XVIe siècle. Et la nouvelle école française pourra faire refleurir dans notre pays la splendeur de l'ancienne.

[1] On appelle *romanistes*, en Allemagne, les jurisconsultes qui s'occupent spécialement du droit romain.

Digitized by Google

Vivant toute l'année dans la pratique des affaires judiciaires, je n'ai peut-être pas toute la compétence nécessaire pour traiter ces grandes questions, et c'est avec hésitation que j'ai osé me hasarder sur un terrain qui ne m'est pas familier. Mais en me replongeant, pendant les vacances, dans mes anciennes études, la pensée m'est venue d'émettre ces idées, heureux si des hommes plus compétents que moi y trouvent quelque profit à en tirer pour l'enseignement du droit romain dans nos Facultés! A. SELIGMAN.

DE LA COMPÉTENCE EN MATIÈRE DE DISCIPLINE NOTARIALE.

Par M. Lespinasse,
premier avocat général à la Cour d'appel de Pau.

Toute corporation dépositaire d'une part d'autorité doit être soumise à un contrôle de discipline intérieure. Les notaires ne pouvaient échapper à cette nécessité. Il ne suffit pas que leur conduite soit à l'abri des rigueurs du Code pénal; puisque leur ministère s'impose à la confiance de tous, ils doivent la justifier par une probité et une délicatesse hors ligne et par une régularité irréprochable dans l'accomplissement de leurs devoirs professionnels. Ces obligations plus étroites leur furent de tout temps imposées. A Rome, les *tabelliones* ou *tabularii* [1], quoiqu'ils ne donnassent point l'authenticité aux actes qu'ils rédigeaient, devaient être des hommes d'une exacte probité en même temps que des juristes instruits.

Dans notre ancienne monarchie, à partir du premier essai du notariat à titre d'office qui eut lieu sous Charlemagne et qui fut renouvelé sous Louis IX et Philippe le Bel, certaines règles disciplinaires furent constamment maintenues. Durant quatre siècles, depuis l'ordonnance de juillet 1304 jusqu'à l'arrêt du conseil du 8 août 1714, elles reçurent les modifications successives que l'expérience fit juger opportunes.

La première révolution s'abstint de toucher au notariat. Si

[1] Ainsi appelés parce qu'ils écrivaient sur des tablettes, tandis que les *notarii* prenaient de simples notes des déclarations faites devant eux.

Digitized by Google

elle en retrancha l'hérédité et la vénalité, ces vieilles traditions ne tardèrent pas à reparaître sous la forme du droit de présentation. La loi du 25 ventôse an XI, en organisant à nouveau l'institution, annonça la création prochaine des chambres de discipline, et l'arrêté du gouvernement, en date du 2 nivôse an XII, réalisa bientôt cette promesse.

Mais le législateur le plus éclairé ne saurait tout prévoir. Sous la monarchie de juillet, la fièvre de spéculation qui agitait le pays avait gagné les officiers publics, et les avait entraînés aux plus graves abus. L'ordonnance de 1843 eut pour objet d'y mettre un terme. Elle forme aujourd'hui le Code de la discipline nationale. De l'ensemble de ses dispositions, il résulte que les notaires doivent se consacrer exclusivement à leurs fonctions, s'abstenir de toute entreprise industrielle ou commerciale, n'avoir aucun intérêt personnel dans les conventions qu'ils sont appelés à constater; éviter enfin tout ce qui pourrait déroger à la dignité de leur caractère. Pour l'observation de ces règles, les chambres de discipline sont investies d'une autorité assez étendue; elles peuvent prononcer contre les infracteurs : le rappel à l'ordre, la censure simple, la réprimande devant la chambre par le président; la privation du droit de suffrage dans l'assemblée générale, l'interdiction de l'entrée de la chambre pour trois ans ou pour six ans en cas de récidive (art. 14). Elle peut même provoquer la suspension ou la destitution par un avis motivé pris avec l'adjonction d'un certain nombre de membres supplémentaires et transmis au chef du parquet chargé d'exercer les poursuites devant le tribunal civil (25 ventôse an XI, art. 53).

Ces prescriptions ont suscité dans la pratique de graves difficultés.

Le législateur a voulu sans aucun doute créer pour les notaires une sorte de tribunal domestique qui veillât au maintien des traditions d'honneur et de délicatesse sur lesquelles se fonde la considération dont ils doivent être entourés. Son intention manifeste a été que les mesures répressives mises à la disposition de la chambre fussent affranchies de l'éclat des débats publics. C'est ce qui donne à la juridiction syndicale un caractère particulier et la distingue d'une manière absolue de la juridiction ordinaire. Aussi n'y a-t-il point de recours

Digitized by Google

de l'une à l'autre par voie d'appel. Il suit de là que les faits passibles des peines disciplinaires dont l'application est dévolue à la chambre ne devraient jamais être directement soumis au tribunal par le ministère public.

La Cour de cassation l'a ainsi jugé par un arrêt du 1er avril 1844, sous la présidence de Portalis et conformément aux conclusions de l'avocat général Pascalis. Le motif principal de cette décision peut se résumer en ces terme : La discipline intérieure du notariat est de la compétence exclusive de la chambre syndicale; dans l'espèce, les faits incriminés ne pouvant donner lieu ni à la destitution ni à la suspension, mais seulement à des peines de pure discipline, le tribunal civil était incompétent.

Cette doctrine était sage; elle tendait à prévenir une confusion qui met en défaut toutes les précautions prises par le législateur pour soustraire au retentissement de l'audience de simples fautes disciplinaires. Malheureusement, la rédaction vicieuse de l'ordonnance de 1843 a effacé la distinction.

S'il y avait des faits précis, uniquement passibles de peines disciplinaires, et d'autres qui ne pussent être punis que de la suspension ou de la destitution, rien ne serait plus facile que d'apprécier dès d'abord, par la lecture de l'assignation, la compétence ou l'incompétence du tribunal. Dans le cas où il ne s'agirait que d'infractions disciplinaires, l'inculpé aurait le droit de demander son renvoi devant la chambre syndicale, selon la théorie admise par la Cour suprême, en matière de délits communs, nonobstant l'article 192 du Code d'instruction criminelle. (V. notamment Sirey, 1825, I, 108; — 1839, I, 431; — 1844, I, 172; — Faustin-Hélie, VII, 176, et Dutruc, IV, 182.)

Mais le texte des articles 14 et 15 de l'ordonnance de 1843 empruntés à l'arrêté du 2 nivôse an XII, rend ce discernement impossible. Les mêmes faits que la chambre pourrait punir de peines légères entraînent la suspension ou la destitution suivant les circonstances. (V. le rapport de M. Troplong qui a précédé l'arrêt du 20 novembre 1848, D., 48, I, 253.)

La nature de l'infraction ne suffisant pas pour déterminer la compétence, il n'y a plus d'autre moyen de la fixer que la quotité de la peine requise par le ministère public, suivant la maxime : « non quantum judicatum, sed quantum peti-

Digitized by Google

tum. » Mais qui ne voit l'étrangeté de ce système? Le ministère public demeure ainsi le maître absolu de la compétence et peut choisir à son gré la juridiction qu'il lui convient de saisir ! Il le peut dans un cas où il s'agit d'opter, non entre deux tribunaux relevant l'nn de l'autre, mais entre deux juridictions de nature différente ! Il y a là évidemment une lacune à combler. Il faudrait de deux choses, l'une : ou que les faits auxquels peuvent être appliquées, soit la répression disciplinaire, soit les peines plus graves réservées aux tribunaux, fussent clairement définis, afin que l'inculpé pût, à l'appel de la cause, demander s'il y avait lieu, son renvoi devant la chambre syndicale, nonobstant la peine requise par le ministère public; ou bien, si une telle précision paraissait impossible, il faudrait poser en principe que nulle poursuite disciplinaire ne sera portée devant les tribunaux avant que la chambre ait été mise en demeure d'y statuer. Ce mode de procéder n'aurait aucun inconvénient pour le maintien des règles professionnelles, puisque le parquet serait toujours libre, en cas d'abstention de la chambre ou d'insuffisance de sa décision, de saisir le tribunal civil. Le plus souvent il arriverait que l'instruction faite devant la chambre sans bruit et sans scandale, selon le vœu du législateur, amènerait l'éclaircissement des faits et une appréciation équitable de la conduite du notaire par ses pairs, et rendrait inutile l'intervention du ministère public.

Une nouvelle loi ne serait même pas nécessaire pour établir ce mode de procéder. Les textes en vigueur, loin de le repousser, semblent l'admettre implicitement. En déférant à la chambre les fautes légères, l'ordonnance prévoit le cas où l'inculpation prendrait un caractère exceptionnel de gravité et pourrait entraîner la suspension ou la destitution. Que prescrit-elle alors? Que la chambre, augmentée d'un certain nombre de membres, exprime son avis sur l'application de ces deux peines, qu'elle le transmette au parquet et que celui-ci saisisse le tribunal de la poursuite.

Le ministre de la justice et les chefs de service dans les Cours d'appel ne feraient donc que se conformer à l'esprit de la loi s'ils invitaient leurs subordonnés à provoquer dans tous les cas un premier examen par la chambre syndicale.

Dans l'état actuel de la jurisprudence, le tribunal est réputé

Digitized by Google

compétent *de plano* pourvu que le ministère public ait requis la suspension ou la destitution, et si dans le cours des débats on est forcé de reconnaître que les faits incriminés méritent à peine un avertissement, le tribunal ne retient pas moins la cause et prononce lui-même la peine encourue *en vertu de l'article* 192 *du Code d'instruction criminelle.* L'analogie qu'offre cet article est assurément contestable, car il ne s'agit pas seulement du rapport d'un tribunal inférieur à des juges du deuxième degré, mais de deux juridictions non subordonnées l'une à l'autre.

Les inconvénients de cette confusion ne pouvaient tarder à se manifester. Supposez qu'un tribunal juge opportun d'appliquer *la censure avec réprimande.* Comment formulera-t-il sa décision? Il faut d'abord rappeler que, d'après une jurisprudence constante et conforme aux principes du droit répressif, la peine prononcée doit l'être dans les termes mêmes de la loi, sans que les juges y puissent rien changer, quelle que soit l'équipollence apparente des modifications qu'ils seraient tentés d'y introduire. (Arrêt d'Agen, 16 août 1854 [S. 54. 2. 571]; — V. aussi Cass., 54. I. 616; — 55. I. 750; — Morin, II. 818.) L'article 14 de l'ordonnance de 1843 définit la *censure avec réprimande;* l'appel du notaire inculpé *devant la chambre pour être réprimandé par le président.* Le tribunal ordonnera-t-il que le notaire comparaîtra devant lui pour être réprimandé? Ce serait un excès de pouvoir, l'application d'une peine non édictée par la loi. Il n'est pas besoin d'insister pour montrer qu'une admonestation paternelle par des confrères et à huis clos est toute autre chose qu'un blâme infligé en audience publique par le chef du tribunal en présence du barreau, des hommes d'affaires et des curieux. Un jugement qui tenterait d'appliquer ainsi l'ordonnance de 1843 encourrait certainement la censure de la Cour suprême.

Le tribunal condamnera-t-il le notaire inculpé à comparaître devant la chambre syndicale pour y être réprimandé par elle? L'anomalie ne serait pas moindre. La chambre n'a mission de réprimander qu'en vertu de sa juridiction. Si elle n'est pas saisie de l'affaire, si elle ne juge pas, elle n'a point à se rendre l'exécutrice des œuvres d'autrui. En droit cela ne souffre pas difficulté. Il y en a moins encore au point

Digitized by Google

de vue du bon sens. Quand la chambre a jugé une réprimande opportune, elle sait pour quelle cause, elle ne doit éprouver aucun embarras à le dire. Ce second acte de son autorité est la conséquence logique du premier. Mais si la chambre a rejeté ou ignoré la poursuite, quelle sera son attitude devant le notaire condamné? La réprimande suppose qu'on entre dans quelques détails pour faire ressortir la gravité de la faute commise., quel langage pourra-t-elle tenir? Quelle autorité aura sa parole? Que deviendra sa dignité dans cette palinodie dont on lui imposera la charge?

La doctrine qui autorise les tribunaux à faire l'application des peines disciplinaires aboutit donc à une impasse. Aussi, dans la pratique, les tribunaux et les Cours qui prononcent la censure avec réprimande se contentent-ils de la signification de la sentence, sans exiger la comparution de l'inculpé. Pour n'en citer qu'un exemple, en 1853 la Cour de Bordeaux condamna un notaire de Bouteville (Charente) à la censure avec réprimande. L'arrêt fut signifié et n'eut pas d'autres suites. Les registres de la Cour, et de la chambre syndicale, les souvenirs des magistrats et du barreau ne laissent aucun doute à cet égard.

Mais si l'on veut être sincère, est-ce bien exécuter la loi? N'est-ce pas faire sous le même nom une chose différente? Pour rentrer dans le vrai, ne faudrait-il pas déclarer expressément dans un nouvel article que la censure avec réprimande prononcée par les tribunaux ne sera plus qu'une déclaration de blâme notifiée par huissier?

Il nous resterait quelques mots à dire sur d'autres infractions qui peuvent donner lieu à des peines disciplinaires. Nous n'en voulons relever que deux.

La loi défend au notaire de se dessaisir de ses minutes. Mais avant d'être définitivement acquise à l'étude, la minute doit être enregistrée; le notaire s'en sera-t-il dessaisi indûment, parce qu'il l'aura envoyée à l'enregistrement par un tiers? Il serait impossible qu'un notaire occupé portât lui-même toutes ses minutes au receveur et attendît pour les reprendre qu'elles eussent été revêtues de la formalité; l'usage universel est de confier cette mission à un clerc, et ordinairement au dernier venu. Il en doit être surtout ainsi lorsque le bureau de l'enregistrement est très-éloigné de la résidence

Digitized by Google

notariale, l'officier public ne pouvant, sans perdre un temps précieux pour les justiciables comme pour lui, s'absenter une journée entière chaque fois qu'un acte devrait être enregistré d'urgence. Il faut donc reconnaître qu'en de telles circonstances l'envoi de la minute par un tiers est parfaitement licite, sauf la responsabilité que ferait encourir au notaire le choix d'un messager indigne de confiance.

Mais le messager ne doit jamais être l'un des contractants, car il dépendrait de lui d'anéantir l'acte et de s'affranchir de son obligation. Le notaire qui exposerait ses clients à un tel danger mériterait un blâme sévère, à moins que des considérations exceptionnelles n'atténuassent sa faute.

Qu'on suppose, par exemple, une cession de créance, le cédant désintéressé par un payement immédiat, le cessionnaire averti de manœuvres déloyales qui lui feraient craindre de la part du cédant un second transport et lui feraient désirer le prompt enregistrement de son titre, pour le faire signifier au débiteur. Si le cessionnaire se présentait au notaire détenteur de la minute et lui disait : J'ai besoin que la cession soit enregistrée à l'instant même. Pouvez-vous aller tout de suite la porter au receveur, ou voulez-vous me la confier pour que je la fasse régulariser moi-même? Dans une telle hypothèse, la remise de la minute au cessionnaire ne pourrait nuire à personne ; lui seul ayant intérêt à la conserver et à la revêtir du sceau de l'autorité publique, aucun doute ne pourrait s'élever sur son bon vouloir, et si sa mission avait été exactement remplie et que le notaire fût poursuivi uniquement pour le choix d'un tel mandataire, n'est-il pas évident qu'il devrait espérer une application indulgente de la loi? On pourrait le condamner pour sauvegarder le principe, mais un simple rappel à l'ordre paraîtrait suffisant.

Enfin, il est une question désormais résolue par la jurisprudence, qui nous laisse toujours de sérieux scrupules contre la loi qu'on a cru devoir interpréter ainsi.

Un notaire qui mentionne *faussement* dans un acte la *présence des témoins* instrumentaires est-il irrépréhensible?

La loi de 1843 a voulu que le concours effectif des témoins ne fût pas nécessaire; elle a déclaré de plus que la loi de l'an XI, qui semblait l'exiger, devait être entendue dans le sens d'une simple signature donnée plus ou moins de temps

Digitized by Google

après la rédaction de l'acte et même hors de la présence des parties. La Cour de cassation a conclu de ces textes que lorsqu'un notaire mentionne l'assistance des témoins, il veut dire qu'ils ont signé après coup. Donc, ajoute-t-elle, une telle locution est irréprochable.

Ainsi, le notaire peut à son aise déclarer présents des témoins qui n'ont jamais vu les parties et qui ignorent toutes les circonstances de la confection de l'acte : n'est-ce pas la consécration légale d'un mensonge? J'aurais compris qu'on ne fît pas de l'absence des témoins une cause de nullité, mais je ne comprends pas qu'on autorise un officier public à user d'une formule au moins équivoque et qui doit induire en erreur la plupart de ceux qui la liront; c'est fovoriser, sans le vouloir, des habitudes dangereuses qui peuvent mener plus loin qu'on ne pense. Mieux eût valu cent fois supprimer le concours des témoins, puisqu'ils ne sont pas jugés nécessaires pour garantir la sincérité de l'acte.

L'habile rapporteur de la loi de 1843 s'efforçait d'expliquer le maintien de l'ancien usage, par des raisons peu satisfaisantes : « Les témoins, disait-il, et surtout le notaire en second, veilleront à ce qu'il n'y ait point de blancs, d'interlignes, de renvois non approuvés, et ils refuseront leur signature, s'ils s'aperçoivent de telles irrégularités. » Pour le notaire en second, ce serait possible à toute force; mais pour les témoins, c'est une véritable illusion. Ils ne s'aperçoivent de rien, ne contrôlent rien; ce sont des affidés qui viennent chaque semaine apposer leur nom au bas des papiers qu'on leur présente sans les leur lire, et à qui la pensée ne vient jamais d'y regarder de plus près. Ce prétendu contrôle n'était donc pas un motif suffisant pour couvrir d'un vernis de légalité une imposture fâcheuse en soi et qui peut inspirer aux tiers une sécurité dangereuse.

LESPINASSE.

Digitized by Google

CARACTÈRES DE LA TIERCE OPPOSITION.

Par M. E. Naquet,
Professeur agrégé à la Faculté de droit d'Aix.

La tierce opposition est-elle une voie de recours obligée ou facultative? Y a-t-il lieu de faire des distinctions et de la considérer tantôt comme nécessaire, tantôt comme simplement autorisée?

Cette question difficile a donné lieu à des discussions, plus ou moins complètes, dans plusieurs ouvrages de procédure, et notamment dans Boitard. Elle reste cependant encore à l'état de problème, et continue à diviser les meilleurs auteurs. Quant à la jurisprudence, elle n'est point fixée, croyons-nous, d'une manière définitive, et dans tous les cas, ce ne serait que d'hier, après bien des variations et bien des incertitudes. On constatera, par la suite des développements, la division profonde qui existe dans la doctrine; nous allons indiquer, dès le début, l'état de la jurisprudence pour justifier de l'intérêt pratique du sujet que nous avons choisi. Le premier arrêt de cassation qui ait statué sur la difficulté est du 2 germinal an X (Sir., 2, 2, 542; D. A., 2, 535); il décide que la tierce opposition est facultative. (V. dans le même sens Cass., 11 mai 1840; S, V., 40, 1, 719, et 19 mars 1844; S. V., 44, 1, 306; D. p., 44, 1, 186.)

Il a été admis, au contraire, que, pour écarter l'autorité d'un jugement, il faut y former tierce opposition. (V. Cass. req., 24 avril 1844; D. p., 44, 1, 272; S. V., 45, 1, 35; Colmar, 12 janvier 1842; D. p., 44, 2, 66).

Enfin, deux arrêts paraissent adopter la même doctrine, en ce sens qu'ils permettent à une personne d'invoquer, contre un tiers possesseur, le jugement qu'elle a obtenu en dehors de la présence de ce tiers. Ce jugement constitue un titre qui existe tant qu'il n'a pas été écarté par la tierce opposition; l'un des deux arrêts ajoute cependant *par la tierce opposition ou directement* (Cass. req., 22 mai 1865; D, p., 65, 1, 473; Cass. civil., 27 déc. 1865, 65, 1, 5 et la note). Il faut dire pour être exact que ces arrêts statuent sur une demande en revendication, et qu'ils ont soin de faire remarquer que si le

Digitized by Google

jugement produit des effets *erga omnes*, c'est qu'il constate un droit réel, lequel, par sa nature, est opposable à tous. Mais c'est là une considération accessoire qui ne saurait atténuer, en rien, la portée de la solution. C'est même un argument qui porte à faux, car s'il est constant que les droits réels sont, en général[1], opposables à tous, c'est à la condition que leur existence soit prouvée. Dans l'espèce, la question n'est pas de déterminer les effets d'un droit réel reconnu, mais de se fixer sur le caractère des preuves qu'on peut fournir pour le faire reconnaître.

La difficulté étant ainsi posée, on peut affirmer que le jugement qui déclare Primus propriétaire à l'égard de Secundus, ne peut être opposé à Tertius, qui n'y a pas été partie, que si on lui attribue autorité contre lui. Par conséquent, décider que c'est un titre contre Tertius, tant qu'il ne l'a pas fait tomber par tierce opposition, c'est décider que cette voie de recours est nécessaire pour en écarter l'autorité. Comment expliquer, dès lors, que la Cour ait cru pouvoir admettre, sans se déjuger, dans d'autres arrêts, que la tierce opposition était facultative? (Cass., 22 août 1871; D. p., 1871, 1, 136). Il est vrai que l'arrêt de 1871 statue à propos d'un droit de créance et que les arrêts antérieurs avaient pour objet des droits réels; mais, nous ne saurions trop le répéter, le caractère de droit réel n'est d'aucune importance au point de vue de la question qui nous occupe; il ne s'agit pas, en effet, de déterminer les conséquences d'un droit réel, en supposant son existence prouvée et reconnue, il s'agit d'établir quels modes de preuves un demandeur peut invoquer, et à ce point de vue, il est tout à fait indifférent qu'on réclame un droit réel ou un droit de créance, car les règles sur les preuves sont les mêmes dans les deux cas[2]. Le motif que donne la Cour implique donc une confusion évidente de deux principes étrangers l'un à l'autre. Pour être logique, il faudrait décider que la tierce opposition est toujours facultative ou toujours obligatoire, sans qu'il y eût à tenir compte de la nature du droit constaté par le jugement.

On voit donc que la pratique est loin d'être fixée, puisqu'on

[1] Je dis en général, car la loi de 1855 nous présente des cas où des droits réels existent à l'égard des uns sans exister à l'égard des autres.

[2] Voyez pour plus de développements sur ce point la note signée que nous avons publiée dans le recueil de *Sirey*, année 1873, 2e livraison.

Digitized by Google

peut citer des arrêts contradictoires, et c'est là une des raisons qui ont motivé cette étude.

Nous allons, dans un premier chapitre, développer et rajeunir, si c'est possible, l'opinion à laquelle nous nous rattachons. Dans une seconde partie, nous nous appliquerons à réfuter les diverses autres opinions qui ont été émises.

§ 1er.

LA TIERCE OPPOSITION EST UNE VOIE DE RECOURS NÉCESSAIRE.

Avant d'entrer dans les détails de la discussion, il est bon d'écarter les préjugés qui existent contre ce système, en montrant qu'il est loin d'être irrationnel et qu'il peut fort bien se justifier au point de vue législatif. Que faut-il supposer, en effet, pour qu'un jugement préjudicie à une personne contre laquelle il n'a point été rendu? Il faut naturellement supposer que les droits de cette personne ont été directement ou indirectement portés devant les tribunaux, qu'ils ont été soumis à un débat.

Je prends un exemple : Primus, mon fermier, a répondu à une action en revendication concernant l'immeuble que je lui ai loué, et il a succombé; il est clair que la question posée a été de savoir si le revendiquant était propriétaire, ou bien si je l'étais moi-même. On n'aurait pas discuté autrement si j'avais été défendeur. Mon droit a donc été déduit en justice et a donné lieu à un jugement. Dans ces conditions, je dis qu'un système qui exigerait la tierce opposition pour faire tomber ce jugement n'aurait rien d'injuste. En effet, il existe alors une présomption, c'est que la difficulté a été vue sous toutes ses faces et tranchée conformément aux lois par le tribunal. Sans doute il peut se faire que la personne qui a présenté la défense de mes intérêts ait agi avec peu de soin; il peut se faire qu'elle ait négligé des arguments décisifs. Mais le plus souvent le contraire se produira, car elle aura avantage à bien me défendre pour ne pas engager sa responsabilité. En outre, j'ai toujours, de près ou de loin, une négligence à me reprocher quand j'ai mis ainsi une personne en état d'être actionnée et de soutenir un procès relativement à mes droits. Je vais plus loin. Il ne serait

Digitized by Google

pas normal de priver les tiers de la possibilité d'obtenir un jugement dont l'application serait générale, car, bien des fois, il ne leur sera pas possible de poursuivre l'intéressé principal. Ainsi j'ai acheté de Secundus un immeuble, mais Secundus ne me l'a pas livré; nous sommes sous l'empire du Code, aucune transcription n'a été requise. Paul se prétend propriétaire; contre qui formera-t-il sa demande? Ce ne peut être contre moi qui suis inconnu. Il faudra donc qu'il agisse contre Secundus. Eh bien! n'est-il pas juste de lui permettre d'obtenir contre lui un jugement opposable à tous? On peut donc fort bien admettre que le législateur est parti de cette idée que les tiers, dont les droits ont été soumis à l'appréciation des tribunaux, ont été, dans une certaine mesure, représentés par les défendeurs au procès, de telle sorte qu'ils ne peuvent écarter *de plano* le jugement qui leur nuit.

Reste à savoir si cette idée, logique et raisonnable en elle-même, est bien celle qui a inspiré les rédacteurs du Code.

Nous en sommes, quant à nous, fermement convaincus.

Nous ferons remarquer en premier lieu que c'est là l'opinion qui paraît avoir prévalu, après débat, lors de la rédaction du Code de procédure civile. Voici ce qui se trouve relaté dans Locré[1]. La question s'était posée de savoir si l'on admettrait à former la tierce opposition tous les tiers intéressés ou ceux-là seulement qui auraient dû être appelés. Un orateur supposa le cas d'un vendeur qui soutiendrait et perdrait un procès relatif à l'immeuble vendu après la vente effectuée. Il dit que dans ce cas la tierce opposition devrait être écartée. Le ministre de la justice répond que sans doute le demandeur n'a aucun reproche à s'adresser, puisqu'il ne connaissait pas l'acquéreur, mais que, néanmoins, celui-ci ayant intérêt et qualité, il est impossible de lui refuser le droit d'attaquer le jugement par la tierce opposition. Un autre orateur prend alors la parole et s'exprime ainsi :

« M. *** dit que ce recours ne peut être accordé qu'à ceux qui doivent être appelés; que dans le cas dont il s'agit, il n'est pas nécessaire à l'acquéreur : le jugement est pour lui *res inter alios acta;* ce jugement ne l'atteint point; il peut le repousser, sur le fondement que la condamnation n'a pas

[1] *Esprit du Code de procédure civile*, t. II, p. 283 et suiv.

Digitized by Google

été prononcée contre lui et n'a pas besoin, pour se soustraire à ses effets, de le faire révoquer. »

« M. le ministre de la justice répond :

« 1° Que le droit de former tierce opposition appartient indistinctement à tous ceux qui, ayant intérêt et qualité, n'ont point été appelés ; 2° que c'est une erreur de penser que le jugement intervenu dans une instance où l'acquéreur n'a pas été partie, *lui soit étranger*. L'arrêt qui adjuge la propriété au demandeur le constitue propriétaire, non-seulement vis-à-vis du défendeur, mais absolument et vis-à-vis de tous, et ce droit de propriété subsiste tant que l'arrêt n'est pas détruit. Jusque-là le tribunal de première instance ne pourrait mettre de nouveau la propriété en question.

« M. ***, dit que l'arrêt ne prononce qu'entre les personnes qui ont été parties dans l'instance ; qu'ainsi ce n'est que vis-à-vis du défendeur qu'il déclare le demandeur propriétaire.

« M. le ministre de la justice dit que ce système est contraire aux principes admis par tous les jurisconsultes. »

Après cette discussion, dont je viens de rappeler la partie la plus intéressante, l'article qui en faisait l'objet fut rejeté. Cet article était ainsi conçu : « A l'égard des jugements hors desquels la partie n'a pas dû être appelée, elle ne pourra les attaquer qu'en prouvant la collusion, la fraude ou le dol. » Le ministre de la justice en demandait le retranchement et affirmait qu'il fallait ouvrir, dans tous les cas, la voie de la tierce opposition. L'orateur dont nous avons cité les paroles, et qui déclarait la tierce opposition inutile, voulait le faire adopter. En cet état, le ministre de la justice a triomphé ; c'est dire que sa doctrine a obtenu gain de cause.

Qu'il nous soit permis d'insister sur ces paroles du ministre, dont la portée nous paraît être considérable : « Ce système est contraire aux principes admis par tous les jurisconsultes. » Aucun orateur ne vint contredire, et le président appuya même en ajoutant « qu'autrefois, lorsqu'un arrêt était rendu dans une instance, on admettait celui qu'il blessait à l'attaquer par requête civile incidente. » Je conclus de là que dans l'ancien droit on adoptait cette idée que le jugement était opposable aux tiers tant qu'ils ne l'avaient pas fait tomber. Cette conclusion, je la tirais déjà de cette circonstance que les anciens auteurs donnent tous aux tiers un moyen de

Digitized by Google

faire réformer le jugement, sans jamais se demander s'ils sont obligés d'agir ainsi ou s'ils peuvent se retrancher derrière le principe que l'autorité de la chose jugée est relative. Il me semblait évident que si la tierce opposition eût été facultative, les auteurs n'auraient pas manqué de relever ce caractère. Toutefois, cette induction n'était pas assez forte pour m'autoriser à présenter la doctrine de l'ancienne jurisprudence comme favorable à la mienne; mais, après les paroles du ministre de la justice, il n'y a plus de raison d'hésiter, et l'on peut, sans rien exagérer, reconnaître qu'autrefois le jugement conservait son autorité vis-à-vis des tiers tant qu'ils ne l'avaient pas écarté par l'opposition ou la requête civile. On conçoit combien il est important d'établir ce point, car la principale objection qu'on adresse à notre système est tirée de l'article 1351 du Code civil, lequel a été copié dans Pothier; si nous montrons que la formule de cet article se trouvait déjà dans Pothier, et que cependant, à cette époque, le jugement n'était pas étranger aux tiers, nous aurons, sinon détruit, du moins sensiblement diminué la force de l'objection.

Une seconde preuve, non moins saisissante, peut se tirer dans notre sens, de la comparaison de l'opposition simple avec la tierce opposition. Ces deux voies de recours, qu'on présente souvent comme entièrement distinctes, se rattachent, au contraire, l'une à l'autre d'une façon très-étroite. Elles découlent, en effet, d'un principe unique, à savoir qu'il n'est pas juste de condamner irrévocablement une personne quand elle n'a pas été entendue dans sa défense. La communauté de principes entre ces deux voies de recours est telle que pendant longtemps elles furent confondues, et qu'on ne songea point à établir pour chacune d'elles des règles spéciales. Plus tard, il est vrai, la tierce opposition se dégage et revêt quelques caractères propres[1], mais elle n'est jamais qu'un dérivé de l'opposition simple, et c'est pour cela que nos anciens auteurs la considèrent, non point comme une voie de recours extraordinaire, mais comme une opposition soumise à quelques règles spéciales.

On peut, sur ce point, consulter Pothier[2]; on trouvera qu'il s'occupe de l'opposition et de la tierce opposition dans

[1] Ordonnance de 1667, art. 10 et 11.

[2] *Traité de procédure*, 3e partie, section II.

Digitized by Google

un seul chapitre : le premier paragraphe du chapitre est consacré à l'opposition simple et le second à l'opposition tierce.

Il existe cependant entre les défaillants et les tiers, une différence assez notable que nous n'avons nullement l'intention de dissimuler, c'est que les défaillants ont été appelés, tandis que les tiers ne l'ont point été. Cette différence pourrait expliquer un système législatif qui favoriserait les tiers par rapport aux défaillants, qui les traiterait mieux; mais si l'on se place au point de vue du droit positif, on s'aperçoit que le contraire est arrivé. Bien loin d'améliorer la situation des tiers, de leur accorder des avantages refusés aux défaillants, on a réservé pour ceux-ci toutes les faveurs de la loi et l'on a traité les autres assez durement. Jetons un coup d'œil sur les règles spéciales à la tierce opposition, et nous en serons vite convaincus. Nous trouvons d'abord que les tiers opposants sont condamnés à une amende en cas d'insuccès, ce qui tend à restreindre, autant que possible, l'application de leur droit[1]. Rien de pareil n'est imposé aux défaillants, leur action est entièrement libre, en fait comme en droit. Nous trouvons ensuite que la tierce opposition n'est pas, en principe, suspensive de l'exécution[2]. L'opposition, au contraire, suspend l'exécution dès qu'elle est formée. Voilà deux dispositions très-nettes, qui distinguent nos deux voies de recours et montrent, avec évidence, que la tierce opposition est mal vue et traitée avec défiance.

Dira-t-on qu'à côté de ces règles favorables aux défaillants il en existe une qui, à l'inverse, est toute de faveur pour les tiers? Dira-t-on, en d'autres termes, qu'ils sont placés dans une meilleure position en ce qui touche les délais qu'ils ont pour agir, puisque la loi leur permet implicitement de former leur action pendant trente ans, tandis que l'opposition ne peut être formée que pendant huit jours s'il s'agit d'un défaut contre avoué, et jusqu'à l'exécution s'il s'agit d'un défaut contre partie. Mais cette prétendue différence est plus apparente que réelle. Il faut d'abord écarter le cas du défaut contre avoué qui s'éloigne de notre hypothèse. Quant au défaut contre partie, il n'est pas vrai de dire que le défaillant

[1] Cette amende était de 150 livres sous l'empire de l'ordonnance de 1667; elle est aujourd'hui de 50 francs au minimum (art. 479).

[2] Art. 478 du Code de procédure. — Rodier, p. 700.

Digitized by Google

soit dans une position inférieure à celle des tiers. En effet, d'une part, il ne perd le droit de former opposition que quand il a accepté le jugement ou quand il existe des actes d'exécution tels que son silence implique aux yeux de la loi un acquiescement tacite; d'un autre côté, le jugement de défaut contre partie est périmé au bout de six mois s'il n'a pas été exécuté dans cette période de temps. — En quoi donc le tiers opposant est-il favorisé? Renonce-t-il? Il est certain que sa renonciation au droit d'exercer la tierce opposition éteindra cette action tout comme l'acquiescement du défaillant détruit le droit de former opposition. Ne renonce-t-il pas? Il a trente ans pour agir; soit, mais le défaillant n'a pas besoin de ce long délai, puisque après six mois le jugement est anéanti.

Nous pouvons donc affirmer qu'à tous égards le tiers opposant est moins bien traité que celui qui forme une opposition simple. Cela s'explique, d'ailleurs, par des motifs plausibles : 1° On n'a pas voulu sacrifier les défaillants parce qu'on est parti de l'idée qu'ils pouvaient n'avoir pas reçu l'assignation et la signification du jugement. 2° On a pensé que les tiers agissent souvent par esprit de chicane, attaquent témérairement des décisions judiciaires, et l'on a voulu ralentir leur ardeur, diminuer les attaques en les frappant d'une amende et en évitant de donner à la tierce opposition un effet suspensif. Ce second motif se trouve nettement indiqué dans nos anciens auteurs[1]. Quoi qu'il en soit, du reste, de sa valeur et de sa justesse, il est certain que l'esprit de nos lois est parfaitement accentué : on préfère les défaillants aux tiers opposants.

N'y a-t-il pas là une indication précieuse pour la solution qu'il convient de donner au problème que nous cherchons à résoudre?

A mon avis, elle existe très-nette, car, puisque les dispositions de ce Code sont défavorables aux tiers opposants, il semble logique d'admettre que cette défaveur ne peut se transformer brusquement en faveur marquée en ce qui touche l'autorité de la chose jugée. Il semble rationnel d'admettre que les tiers ne sont pas placés dans une situation plus avantageuse que les défaillants au point de vue de l'autorité

[1] Rodier, p. 700.— Pothier, *l. c.*, n° 382.

Digitized by Google

de la chose jugée. Or comme les jugements de défaut sont opposables aux défaillants tant que l'opposition ne les a pas fait tomber, de même les jugements susceptibles de tierce opposition seront opposables aux tiers tant qu'on ne les aura pas fait tomber par ce mode de recours.

Ceux qui soutiennent que les tiers peuvent écarter l'effet d'un jugement sans agir, en invoquant l'article 1351 du Code civil, tandis que les défaillants sont obligés de former un recours, d'intenter une action pour obtenir ce résultat, mettent la loi en contradiction avec elle-même. Comment! les défaillants, qui sont favorisés, ne peuvent éviter le jugement qu'on invoque contre eux qu'en prenant la voie de l'oppotion, et les tiers n'auraient qu'à se retrancher derrière le principe que l'autorité de la chose jugée est relative! S'il en était ainsi, le Code serait illogique, ses rédacteurs auraient obéi à des courants d'idées absolument opposées. Ce serait le chaos!

Heureusement rien ne nous oblige à admettre une pareille contradiction, et il existe même, abstraction faite des considérations que nous avons déjà fait valoir, des textes législatifs qui fortifient l'opinion contraire et qui prouvent la nécessité où sont les tiers d'exercer la tierce opposition s'ils veulent détruire l'autorité du jugement qu'on invoque contre eux. Où sont ces textes?

Nous signalerons d'abord l'article 475 du Code de procédure, aux termes duquel la tierce opposition fonctionne, tantôt comme action principale et tantôt comme action incidente. Les auteurs qui déclarent cette action facultative ne se sont pas suffisamment arrêtés à ce double caractère, ils n'ont pas indiqué en quoi la tierce opposition incidente pouvait être utile. — Cette lacune est-elle involontaire? Dans tous les cas, elle nous montre un vice du système qu'ils adoptent. Car il nous semble qu'avec ce système on ne peut parvenir à expliquer la tierce opposition incidente.

Dans quels cas, en effet, sera-t-il nécessaire d'écarter l'effet d'un jugement que l'on invoque dans une instance déjà ouverte? On peut supposer deux situations différentes. Ou bien je suis actionné par une personne qui a déjà obtenu une décision judiciaire qui préjudicie à mes droits, et cette personne se base précisément sur la sentence qui lui a donné

Digitized by Google

gain de cause pour justifier sa demande. Ainsi Primus ayant fait juger contre Secundus, mon vendeur, qu'il était propriétaire de l'immeuble vendu, se tourne vers moi, qui me suis mis en possession, et m'actionne en délaissement : à l'appui, il fait valoir le jugement obtenu contre Secundus. Ou bien, je me porte demandeur contre une personne qui, à la suite d'un jugement favorale, a fait un acte qui nuit à mes droits. Ainsi, en conservant l'hypothèse précédente, si l'acheteur Primus ne se trouve pas en possession, et que ce soit au contraire le revendiquant qui détienne l'immeuble, il est fort possible que Primus, au lieu d'intenter la tierce opposition principale, exerce à son tour une action en revendication. Son adversaire lui opposera, alors, le jugement rendu contre son vendeur, et Primus pourra répondre en formant tierce opposition incidente. Ainsi ce recours sera susceptible de fonctionner comme voie incidente, et dans le cas où celui qui l'exerce est défendeur à une action principale, et dans le cas où il se porte lui-même demandeur principal. Mais je ne saurais comprendre, ni dans l'une ni dans l'autre de ces hypothèses, qu'on soit assez fou pour l'intenter si l'on peut se borner à dénier l'autorité du jugement en faisant remarquer qu'on n'a pas été partie dans l'instance qui l'a précédée. Voyez, en effet, les différences : si l'on forme tierce opposition incidente, on court la chance de payer une amende, on s'impose la nécessité de prouver qu'on n'a pas été partie au premier procès, et enfin on se trouve obligé de saisir un autre tribunal si celui qui est juge de l'action principale est inférieur à celui qui a rendu le jugement attaqué. Si l'on se borne à invoquer l'article 1351, ces conséquences ne se produisent pas. Aucune amende ne sera prononcée si l'on s'est mal à propos retranché derrière l'autorité relative de la chose jugée; ce sera à la personne qui présente le jugement à prouver qu'il s'applique à son adversaire, que celui-ci a été représenté dans l'instance; enfin, le tribunal saisi du procès actuel sera toujours compétent pour connaître de la question. — Cette comparaison suffit pour montrer que la tierce opposition ne sera d'aucune utilité dans notre espèce, que son effet, si l'on voulait s'en servir, serait à plusieurs égards nuisible. Il faut bien remarquer que l'argument que je développe n'a pas été aperçu jusqu'ici, et que personne n'a

Digitized by Google

cherché à le rétorquer. On a, sans doute, examiné d'une façon générale l'utilité possible de la tierce opposition dans le système qui ne lui assigne pas un caractère obligatoire, mais les exemples qu'on a cités se rapportent au cas de tierce opposition principale et ne peuvent s'appliquer au cas où elle est incidente. Ainsi l'on a dit que la tierce opposition était nécessaire si l'on voulait faire juger dès à présent, les moyens de preuves desquels il résulte qu'on n'a pas été partie ni représenté lors du jugement, au lieu d'attendre, pour discuter cette question, l'époque, peut-être éloignée, où l'on voudra agir en vertu de ce jugement et procéder à l'exécution[1]. Il est clair qu'ici on ne peut supposer que la tierce opposition principale. On a soutenu encore que la tierce opposition serait utile pour suspendre l'exécution d'une sentence, mais elle se présente alors forcément comme action principale, ou du moins faudrait-il supposer des espèces tout à fait extraordinaires pour qu'elle se présentât comme voie incidente.

Nous ne voulons pas pousser plus loin et examiner tous les cas où l'on trouve un avantage à la tierce opposition comparée au moyen tiré de l'article 1351 du Code civil, mais on peut procéder à cet examen, on se convaincra qu'ils supposent tous une tierce opposition principale.

De ceci il faut conclure que cette action est obligatoire, car autrement elle constituerait, en tant qu'il s'agirait de l'exercer par action incidente, une superfétation dangereuse. Ce serait un piége tendu aux personnes ignorantes ou mal conseillées[2].

Les règles que trace le Code de procédure concernant la compétence nous conduisent aussi à reconnaître le caractère obligatoire de la tierce opposition.

Il résulte des articles 475 et 476 que le tribunal qui a rendu le jugement que l'on attaque en prétendant ne pas y avoir été partie, doit, en principe, connaître de la question de

[1] Bonnier, *Éléments de procédure civile*, n° 1135.

[2] L'argument ne porte pas quand on se place au point de vue de certains jurisconsultes qui ne permettent d'invoquer l'article 1351 que dans certains cas, et qui, pour les autres, rendent la tierce opposition obligatoire. Mais nous verrons plus tard que ces systèmes reposent sur des distinctions arbitraires, qui ne sauraient arrêter longtemps l'esprit. (V. Rodière, *Cours de compétence et de procédure*, p. 148: Dalloz, *Jurispr. générale*, v° TIERCE-OPPOSITION.)

Digitized by Google

représentation. C'est lui qui doit examiner si la personne qui se plaint est restée vraiment étrangère au procès, ou bien si elle a été défendue par son auteur ou par un mandataire. Eh bien! cette règle ne sera presque jamais appliquée si l'on admet la faculté pour les tiers de se retrancher derrière l'article 1351. Alors, en effet, le tribunal qui a rendu le jugement que l'on invoque en justice ne sera compétent que si le hasard veut que ce soit précisément celui qui doit connaître du procès originaire à propos duquel le jugement, dont on répudie l'autorité, est produit en justice. Or il n'est guère probable que le Code ait posé une règle de compétence en permettant de l'éluder ainsi le plus souvent. Lorsqu'on détermine la compétence d'un tribunal dans des conditions semblables, c'est par des motifs d'intérêt général, d'ordre public et il serait étrange que les parties pussent n'en tenir aucun compte.

L'article 476 du Code de procédure nous apprend aussi qu'un tribunal inférieur ne peut jamais connaître de la tierce opposition, c'est-à-dire ne peut jamais vider une question de représentation judiciaire, ne peut jamais examiner si une personne, dont les droits ont été déduits en justice, a été ou non représentée. Dans notre système, ce principe n'est jamais violé; il l'est, au contraire, dans les autres, par exemple si l'on suppose l'hypothèse où une personne actionnée devant un tribunal de première instance repousse l'autorité d'un arrêt de Cour qu'on lui oppose en se retranchant derrière l'article 1351 du Code civil. C'est alors un tribunal qui juge la question de représentation relativement à une sentence émanée d'une juridiction supérieure.

On répondra sans doute que la règle de l'article 476 du Code de procédure puise sa raison d'être dans cette idée que des tribunaux hiérarchiquement inférieurs ne peuvent réformer le jugement rendu par une juridiction supérieure, et qu'elle est étrangère à l'hypothèse où l'on ne demande pas la réformation d'un jugement, mais où l'on se borne à soutenir qu'il n'est pas applicable à telle personne. Cependant allons au fond des choses. C'est toujours le même problème qui sera soumis au tribunal, il s'agira toujours d'une question de représentation en justice, et il est à présumer que le législateur, en refusant compétence au tribunal supérieur, n'a pas été inspiré par le désir unique de ne pas troubler l'ordre

Digitized by Google

des juridictions, mais aussi par la pensée qu'il convient de soumettre aux juges mêmes qui ont rendu le jugement les questions délicates de représentation, au moins quand les juges saisis de la demande principale ne présentent pas de suffisantes garanties pour bien apprécier. S'il en est ainsi, comme ce motif est général, il doit s'appliquer dans tous les cas, et l'on ne peut donner aux parties un moyen détourné de l'éluder en soumettant à des tribunaux inférieurs des questions de ce genre.

Ce n'est pas tout, il existe d'autres articles de nos Codes entièrement favorables à notre système. Nous pouvons citer l'article 1022 du Code de procédure, l'article 100 du Code civil et l'article 873 du Code de procédure.

Le premier est ainsi conçu : « Les jugements arbitraux ne pourront, en aucun cas, être opposés à des tiers. » Le second porte : « Le jugement de rectification ne pourra, dans aucun temps, être opposé aux parties intéressées qui ne l'auraient point requis ou qui n'y auraient pas été appelées. » Pour tout esprit sincère, ces deux articles ont pour but d'exclure, pour un cas particulier, la nécessité de la tierce opposition, d'enlever au jugement dont il est question l'autorité qu'on devrait leur reconnaître d'après les principes généraux[1]. Qu'est-ce à dire, si ce n'est qu'en thèse ordinaire le jugement produit son effet contre les tiers tant qu'ils ne l'ont pas fait tomber par la tierce opposition? Ajoutera-t-on que c'est là un argument *e contrario* et que les arguments en ce genre n'ont qu'une valeur relative? Nous répondrons qu'il n'en est pas ainsi dans l'espèce, parce que les cas prévus présentent quelque chose d'exceptionel, de spécial, qui permet de comprendre qu'on les ait soustraits à l'application de l'article 474 du Code de procédure. L'exception s'explique pour les jugements arbitraux, par ce motif que le Code n'attache pas la même portée à une sentence arbitrale qu'à un jugement ordinaire. Elle s'explique pour les jugements de rectification, parce qu'ils ont été rendus sur requête, sans aucune discussion possible de la part des intéressés. Nous avons signalé enfin l'article 873 du Code de procédure. Cet article suppose un jugement de séparation de biens qui nuit aux créanciers du

[1] Colmet-Daage en note de Boitard sous l'article 1022.

Digitized by Google

mari et qui a été rendu en fraude de leurs droits ; il décide que les créanciers auront un an pour se pourvoir par la tierce opposition. Il résulte de là : 1° que les créanciers ne peuvent agir par l'action paulienne pour attaquer le jugement frauduleux ; qu'ils sont obligés de prendre la voie de la tierce opposition ; 2° que le jugement acquiert contre eux une autorité irrévocable après l'expiration d'un délai d'un an (lorsque les formalités prescrites par les articles précédents ont été observées). Il est évident que la première de ces conséquences est contenue dans la seconde ; si le jugement n'avait pas, dès qu'il a été rendu, une certaine autorité contre les créanciers, il ne pourrait pas acquérir force et vie après un an. Ce serait pour eux le néant, et le néant ne peut rien produire.

L'article 873 applique donc notre théorie à l'hypothèse d'un jugement rendu en fraude des créanciers : ceux-ci ne peuvent se borner à invoquer l'article 873 pour écarter l'autorité du jugement frauduleux, la loi leur impose la nécessité de se pourvoir par la tierce opposition. Y a-t-il maintenant quelque raison spéciale de sévérité dans ce cas ? peut-on trouver des motifs exceptionnels qui justifient la dérogation, comme nous l'avons fait quand il s'est agi d'expliquer les articles 1022 du Code de procédure et 100 du Code civil ? S'il n'en existe pas, et c'est là notre conviction profonde, car la fraude devrait augmenter les droits des intéressés au lieu de les diminuer, il faut convenir, ou que la loi admet des distinctions injustifiables, ou qu'elle exige, en principe, que les tiers agissent par la tierce opposition.

Comment se fait-il donc qu'un système qui peut invoquer des arguments si plausibles ait été presque universellement abandonné ? Quelles sont donc les objections si graves qu'on peut lui adresser ?

La première, et la plus embarrassante, est tirée de l'article 1351 du Code civil. D'après cet article, l'autorité de la chose jugée n'a lieu... *que si la demande s'élève entre les mêmes parties.* Dans l'espèce, le tiers auquel on oppose un jugement n'a pas été partie. La sentence judiciaire n'a donc aucune autorité à son égard, et il n'a pas besoin de la faire écarter au moyen de la tierce opposition ; il lui suffit de dire : *Res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest.*

Digitized by Google

L'objection a de la portée, mais il est bon de noter, tout d'abord, quels résultats elle entraîne pour ceux qui l'admettent. Le raisonnement que fait le tiers est de telle nature qu'il peut se reproduire dans toutes les circonstances, de telle façon qu'en droit au moins, sinon en fait, la tierce opposition ne sera jamais nécessaire, impérative. Cette procédure deviendra alors sans application possible, parce qu'elle présente certains inconvénients qu'on ne rencontre pas en usant de la faculté reconnue par l'article 1351.

Il est vrai que les auteurs ont imaginé des distinctions plus ou moins ingénieuses pour trouver des cas dans lesquels la tierce opposition sera obligatoire. Mais la diversité même des explications prouve leur peu de valeur, et, de fait, aucune ne repose sur une apparence de texte, aucune n'invoque des motifs bien logiques à l'appui. Reconnaissons donc, de bonne foi, que si l'on s'appuie sur l'article 1351 pour combattre notre système, la conséquence rationnelle et juridique sera d'admettre que les tiers peuvent toujours éviter d'intenter la tierce opposition. — Un pareil résultat fait juger l'objection, car il est remarquable que si le système de Proud'hon a été mis à l'écart à peu près par tous, le système de Merlin, qui déclare franchement la tierce opposition facultative, n'a pas eu un meilleur sort. — Mais laissons de côté cette manière de discuter un peu indirecte, et attaquons ouvertement ce redoutable article 1351. Que dit-il en somme? Que l'autorité de la chose jugée n'existe pas à l'égard des tiers. Eh bien! cela peut facilement se concilier avec le principe que la tierce opposition est obligatoire. — La loi a voulu exprimer cette idée que le jugement n'était pas irrévocablement rendu vis-à-vis des tiers, qu'ils avaient un moyen très-simple de l'écarter en prouvant, selon une procédure déterminée au Code, qu'effectivement ils n'avaient pas été représentés lors du jugement. Il ne faut pas attacher une importance capitale aux expressions dont se sert la loi pour déterminer l'autorité d'un jugement. Abstraction faite de toute idée préconçue, dans quels cas un jugement a-t-il une autorité pleine et entière devant laquelle on doive se courber. C'est seulement lorsqu'il est inattaquable. Partant de là, on peut dire que, d'après la loi, le jugement n'a pas d'*autorité* à l'égard des tiers, en ce sens qu'ils peuvent le faire tomber en

Digitized by Google

fournissant la preuve qu'ils n'ont pas figuré dans l'instance qui la précède, en ce sens qu'il n'est pas irrévocablement rendu contre eux. Qu'on y prenne garde, les mots *chose jugée*, *autorité de la chose jugée* ont souvent été écrits avec une signification semblable. On peut s'en convaincre en lisant Denisart et Pothier. Voici comment s'exprime le premier : « On nomme chose jugée les questions décidées par des jugements rendus et dont il n'y a point d'appel, ou dont l'appel n'est pas recevable..... C'est la définition qu'en donne l'ordonnance de 1667, titre XXVII, article 5. »

« Ainsi, quand les parties ont acquiescé à une sentence, soit formellement, soit tacitement, lorsqu'elles n'en ont point interjeté appel dans le temps, ou lorsque l'appel a été déclaré périmé, les sentences ont acquis l'*autorité de chose jugée*..... » (V° CHOSE JUGÉE. Décisions nouvelles.)

Avec cette interprétation on justifie très-bien l'article 1351. Il a voulu dire que le jugement était susceptible d'être réformé par la tierce opposition; c'est en ce sens qu'il n'a pas d'autorité contre les tiers.

Nous avons appuyé notre explication sur les paroles de Denisart. On trouvera la même idée reproduite par Pothier[1], ce qui a une importance toute particulière, puisque l'article 1351 a été puisé presque intégralement dans les œuvres de ce jurisconsulte (*l. c.*, n° 888).

On a encore adressé au système de Proud'hon une double objection. — L'une consiste à dire qu'il viole manifestement le principe posé par l'article 1315 du Code civil; l'autre, qu'il fait perdre à la tierce opposition son caractère distinctif en ce qu'il en fait une voie d'interprétation, tandis que le Code la considère comme une voie de réformation[2]. Mais, à notre avis, on voit les choses sous un faux jour quand on les voit ainsi. L'article 1315, tout d'abord, n'est nullement violé. Il décide que celui qui invoque un fait nouveau et veut modifier la position acquise à son adversaire, doit fournir la preuve entière de ce fait. Rien de plus rationnel, mais notre système n'est point contraire à cette règle. Nous aussi nous voulons que la preuve soit faite par le demandeur; seulement nous

[1] 4e partie, section III, n° 851.
[2] Boitard, t. II, p. 81, de la 4e édition.

Digitized by Google

soutenons qu'elle est réalisée lorsqu'il a montré un jugement rendu à son profit qui statue sur les droits d'un tiers sans le nommer. Dès que le demandeur a prouvé qu'une sentence a été rendue dans ces conditions, le tiers qu'il poursuit doit succomber, car il exerce contre lui un titre qui ne disparaîtra que devant la tierce opposition. — En somme, s'il y a une différence entre notre opinion et les autres, elle porte sur le *modus probandi*, sur la nature de la preuve à fournir, non sur le principe contenu dans l'article 1315. Ce principe reste intact, le demandeur doit toujours prouver, mais il lui suffit de prouver : 1° qu'il existe un jugement à son profit, 2° que ce jugement statue sur les droits du tiers en cause [1].

Dans les autres systèmes, on veut une preuve complète indépendante du jugement, ne résultant pas de son contenu. Voilà quelle est la mesure de la différence, différence absolument étrangère à la question de principes, et qui ne porte aucune atteinte à l'article 1315.

La seconde objection qu'on nous fait, c'est, qu'avec notre système, la tierce opposition devient une voie d'interprétation et perd le caractère de voie de réformation qui lui est attribué par la loi. En effet, disent nos adversaires, si l'on rend cette action obligatoire, si les tiers doivent toujours l'exercer, la seule question soumise aux juges sera celle de savoir si Primus a réellement la qualité de tiers qu'il affirme, c'est-à-dire s'il est intervenu au procès, s'il y a été représenté. En un mot, on recherchera si le jugement peut lui être appliqué, on interprétera le sens qu'il faut donner à cette décision judiciaire.

Il y a du vrai dans ce raisonnement. Ce qui est vrai, c'est que le tribunal, saisi de la tierce opposition, aura toujours à trancher une question de représentation; mais nous prétendons : 1° que cela laisse à la tierce opposition son caractère distinctif; 2° que le même résultat se produit dans tous les systèmes. Nous disons en premier lieu que la tierce opposition reste toujours une voie de réformation. Quand on soutient le contraire, on confond deux choses distinctes, les moyens que doit faire valoir le demandeur pour triompher

[1] Si les droits du tiers n'avaient pas été déduits en justice, alors, mais alors seulement, il y aurait *res inter alios acta*.

Digitized by Google

dans sa prétention, et le résultat produit lorsque le tribunal, jugeant ces moyens suffisants, casse le jugement par rapport aux tiers. Sans doute, le demandeur doit prouver que le jugement ne s'applique pas à sa personne, quoique statuant sur ses droits, mais une fois cette preuve fournie, le tribunal rend une sentence qui écarte l'autorité du premier jugement en ce qui concerne le tiers. Or écarter au profit d'un tiers un jugement qui constituait un titre contre lui, qu'est-ce autre chose que le réformer dans son intérêt?

Nous disons, en second lieu, que l'objection ne porte pas; car, serait-elle exacte, elle ne serait pas concluante. Il est certain, en effet, que dans quelque système qu'on se place, on suppose toujours que la tierce opposition peut être intentée, et si elle l'est, la question sur laquelle les tribunaux auront à statuer sera toujours une question de représentation, ce sera toujours la même question. En quoi donc la tierce opposition cessera-t-elle alors d'être une voie d'interprétation, à supposer qu'elle ait ce caractère? NAQUET.

(*La fin à la prochaine livraison.*)

BIBLIOGRAPHIE.

HISTOIRE DE LA RÉSERVE HÉRÉDITAIRE

ET DE SON INFLUENCE MORALE ET ÉCONOMIQUE [1]

(Ouvrage couronné par l'Académie des sciences morales et politiques.)

Par M. Gustave Boissonade,
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Compte rendu par M. Paul Cauwès,
Agrégé à la Faculté de droit de Nancy.

M. Boissonade n'a pas été impatient de voir confirme par le jugement public la récompense que l'Académie des sciences morales et politiques avait décernée en 1867 à son remarquable mémoire sur la légitime et la réserve. Le livre que nous annonçons eût pu paraître bien avant la guerre étrangère et la

[1] Guillaumin et Ce, Paris 1873, 1 vol. in-8° de 746 pages.

Digitized by Google

guerre civile qui ont interrompu sa publication ; mais le savant professeur a pris à cœur de nous donner dès la première édition ce que les secondes éditions promettent et ne tiennent pas toujours, et cette sage lenteur est trop rare pour ne pas mériter nos éloges. M. Boissonade a fait d'importantes additions à l'œuvre primitive, et, à l'inverse, peu soucieux de rééditer ce que d'autres jurisconsultes ont écrit avant lui, il n'a pas hésité à sacrifier les développements purement juridiques de son mémoire sur la réserve dans le Code civil ; enfin, tout en procédant à une révision rigoureuse, il mettait à profit les enseignements de ses nouvelles études sur les droits du conjoint survivant (ce qui lui a valu l'an dernier un autre prix de l'Institut) et revenait avec une louable franchise sur son opinion première en faveur d'une réserve pour le conjoint. Nous sommes donc en présence d'une œuvre des plus consciencieuses, ajoutons des plus considérables au point de vue scientifique.

Il fallait des aptitudes très-diverses pour traiter avec quelque succès le sujet proposé par l'Académie : les plus indispensables évidemment étaient celles du jurisconsulte, soit pour l'analyse historique, soit pour la critique des modifications désirables à nos lois sur les successions, ce qui implique une connaissance approfondie de ces lois et de leur application. Le problème de la liberté de tester ne se pose pas de nos jours pour la première fois : c'était donc aussi l'historien du droit qui, avec l'intelligence de la filiation et des vicissitudes successives des institutions, devait préparer le terrain au moraliste et à l'économiste ; l'un plus préoccupé ou du maintien de l'autorité paternelle, ou des principes de justice dans la transmission héréditaire, l'autre recherchant si c'est la liberté testamentaire absolue ou le système de la réserve qui aide le mieux l'activité individuelle et seconde avec plus d'efficacité le développement de la production. M. Boissonade a prouvé qu'il possédait toutes ces aptitudes si rarement réunies, et son livre a ce cachet spécial d'être en même temps une œuvre d'érudition, de critique législative fort approfondie et d'économie politique appuyée sur les faits et inspirée par le bon sens, deux conditions dont l'économie politique a particulièrement besoin. Cette appréciation générale ne serait pas complète : il y manquerait l'indi-

Digitized by Google

cation de la qualité la plus essentielle de toute œuvre d'art ou de science, l'unité, si nous n'ajoutions que l'historien, le moraliste et l'économiste se sont entendus pour constituer un tout homogène et concourir à la démonstration des mêmes vérités. Ce qui fait peut-être le charme et aussi le profit le plus réel de cette lecture, c'est l'habile concentration de tous les faits et des raisonnements autour d'idées simples et d'une parfaite justesse avec lesquelles on s'identifie longtemps avant d'arriver aux conclusions finales.

Les grandes divisions du livre suivent l'ordre de la question telle qu'elle avait été formulée par l'Institut; les législations de l'antiquité étaient cependant restées en dehors du cadre académique; par une heureuse inspiration, un premier livre leur est consacré. Le second livre a pour objet les législations de l'ancienne France et le droit de la Révolution. Cette partie historique occupe 362 pages. Le livre III est divisé en deux grandes parties, l'une relative à l'influence morale de la réserve, la seconde à son influence économique (p. 363-666). La fin de l'ouvrage forme encore deux derniers livres : un quatrième livre, très-abrégé, sur la réserve selon le Code civil et les améliorations dont elle est susceptible; un cinquième et dernier est consacré à l'examen des législations européennes.

Les législations de l'antiquité chez lesquelles M. Boissonade a recherché les origines premières de la légitime ou réserve héréditaire sont les législations hébraïque, hindoue, grecque et romaine. Si nous essayons d'en donner un aperçu, bien incomplet, nous n'avons d'autre but que de faire entrevoir la précision toute juridique des études de notre savant auteur. Avant Moïse, les enfants ne tiennent pas les biens paternels de la seule volonté du chef de la famille; la loi commande à celui-ci de les leur laisser : *qui egreditur de utero tuo ipsum habebis heredem.* Dans la législation de Moïse elle-même, la propriété du sol ne doit pas sortir de la famille : en conséquence, l'adoption n'a qu'un rôle très-effacé. Le rapport entre l'adoption et la faculté de transmettre le patrimoine à un étranger est nettement indiqué à propos de toutes les législations de l'antiquité. On lira avec intérêt les pages sur l'immobilité de la civilisation hindoue dont la cause principale fut le culte superstitieux des ancêtres, aux mânes

Digitized by Google

desquels les enfants appartiennent non moins qu'à leur chef de famille : de là une modération surprenante chez un peuple de l'antiquité dans les lois de la puissance paternelle et une sorte de copropriété pour les biens patrimoniaux entre le chef de famille et ses enfants, ayant même parfois pour conséquence le partage forcé entre-vifs. C'est l'antique fondement de la réserve ; on le retrouve ensuite à l'époque classique du droit romain, et il a inspiré aussi nos législateurs modernes. A Athènes, le père a primitivement joui de la faculté de priver ses fils de tous droits héréditaires, mais on a de fortes présomptions de croire que son pouvoir n'était pas sans contrôle ; la loi de Solon interdit à celui qui a des enfants mâles le droit de tester ou tout au moins d'instituer un successeur universel ; l'adoption n'est également permise qu'à celui qui n'a pas d'enfants. — Si les lois de Moïse, de Manou et de Solon n'offraient pas à M. Boissonade comme les législations qui viennent ensuite un système vaste et complexe, difficile à analyser, en revanche elles l'obligeaient à faire de considérables lectures préparatoires : la riche bibliographie qui est placée en tête du droit hindoue peut en donner une idée.

Les jurisconsultes s'arrêteront encore de préférence sur le droit romain étudié dans ses trois phases successives : la première de liberté testamentaire depuis la loi des Douze Tables jusqu'à l'empire ; la seconde de liberté restreinte par la légitime et la plainte d'inofficiosité ; enfin, la troisième allant de Constantin à Justinien, la plus importante sans contredit pour les destinées ultérieures de la légitime. M. Boissonade a, dès la première période, fait ressortir le travail de transformation qui s'opère grâce aux Prudents, l'apparition de la copropriété familiale dont l'affinité avec la tradition hindoue est si curieuse, la nécessité d'instituer ou d'exhéréder les *heredes sui* opposée à l'ancienne maxime : *uti legassit super pecunia tutelave suæ rei ita jus esto.* L'idée que la *querela inofficiosi*, fondée sur les sentiments et les devoirs naturels qu'engendre le lien du sang, a des effets plus complets que le principe de la copropriété familiale, n'est assurément pas une découverte, mais elle n'avait peut-être pas jusqu'ici été rendue avec autant de précision que dans le passage suivant : « Du moment qu'on se fonde sur une pré-

Digitized by Google

« somption d'insanité d'esprit, les enfants émancipés sont « protégés comme les enfants restés sous la puissance pa- « ternelle, de même les enfants omis par leur mère ou leurs « ascendants naturels, comme ceux que leur père à exhé- « rédés; bien plus, les ascendants peuvent critiquer le testa- « ment de leurs enfants et même les frères et sœurs peuvent « attaquer celui où ils sont sacrifiés à des *turpes personæ.* » Les innovations des Novelles ne sont pas séparées du droit du Code, de sorte que l'ensemble du droit du Bas-Empire n'est pas scindé. Pour surmonter les difficultés presque inextricables auxquelles donne lieu la fixation de la quotité de la légitime, on consultera avec fruit la longue note de la page 136, qui établit un parallèle détaillé entre le droit classique et le droit de Justinien. Nous signalerons surtout ce trait distinctif de la légitime, dans le dernier état du droit romain, d'être attribuée collectivement aux enfants qui ne sont pas indignes de l'institution d'héritier avec la conséquence de l'accroissement des légitimes répudiées, au profit des légitimaires, même des exhérédés ayant la *querela.* Il faut avouer que ces transformations si multiples de la légitime, bien nécessaires pourtant à connaître afin de se rendre compte de la jurisprudence de nos parlements de droit écrit, attendaient encore un historien qui ne se laissât pas rebuter par leur aridité.

Les législations de l'ancienne France depuis l'époque celtique jusqu'à la Révolution ont été divisées par M. Boissonade en six époques. Il a cru devoir faire précéder l'exposé du droit successoral à ces différentes époques de notions générales, peut-être superflues, sur les sources législatives. On conçoit qu'elles ne peuvent être que très-incomplétement indiquées, surtout pour l'époque féodale et pour l'époque monarchique si riches en documents de toutes sortes. Un volume entier ne pourrait contenir leur nomenclature complète. Au surplus, M. Boissonade n'a pas eu la prétention de consulter toutes les sources, encore moins d'ajouter aux investigations des érudits. Il l'avoue sans détour (p. X); nous ne sommes cependant pas fondés à lui reprocher d'avoir fait un triage : du moment que les documents qu'il a choisis sont employés avec discernement et avec rigueur scientifique, que les affirmations sont toutes

Digitized by Google

accompagnées de citations justificatives, son œuvre offre ce qu'on doit demander à un travail d'érudition de bon aloi. Sans doute, ne négliger aucune particularité est un mérite, mais il est bien rare qu'il ne soit acheté chèrement. Dans une étude historique d'aussi longue haleine, l'écueil presque inévitable et beaucoup plus funeste eût été la confusion. Il vaut certes mieux que l'auteur ait omis quelques variétés secondaires et qu'il ne nous ait pas égaré à sa suite au milieu des complications si grandes du droit coutumier; sachons-lui gré de les avoir démêlées et d'avoir constamment dominé son sujet. Peut-être seulement, M. Boissonade a-t-il fait trop peu de cas de quelques sources générales fort précieuses cependant. Il est permis de ne pas partager son avis lorsque (p. 205) il avance d'une façon trop absolue que « les chartes de commune règlent plutôt le droit public des bourgeois que leur droit privé » et de trouver qu'il va trop loin dans la voie de la simplification en prenant le parti de ne consulter ordinairement que les grandes coutumes générales. Les histoires provinciales, les cartulaires, auraient pu être mis à contribution. Pour les terres d'empire du Nord-Est relativement au partage égal et aux causes d'exhérédation, il eût pu se reporter aux traductions françaises du Miroir de Souabe (Matile, fol. 4, 26, 29, 59). Les archives législatives de Reims de Varin sont précieuses aussi au point de vue de l'intervention de l'Église en matière de testament (*summa de omni facultate, sec. Pars VIII*).

Tout le monde sait combien l'histoire du droit successoral, et en particulier celle des garanties légales de la famille est, dans le droit féodal et coutumier, hérissée de difficultés, rendue abstruse par la coexistence d'institutions qui semblent se contredire ou se neutraliser. Une grande finesse d'analyse était indispensable pour faire bien comprendre le rôle de chacune d'elles. Entre la légitime de droit et la réserve coutumière, M. Boissonade a réussi à tracer un parallèle lumineux qui résume des développements étendus et des discussions fort approfondies sur la nature de la légitime, envisagée grâce à l'influence déterminante de Dumoulin comme une *quota hereditatis* et non plus comme une *quota bonorum*. Il est intéressant de voir comment, malgré ce principe et les ingénieuses théories de Dumoulin, la coutume

Digitized by Google

réformée de Paris, dans l'article 307, permet à l'enfant renonçant de s'en tenir à sa donation, la légitime étant réservée aux autres. Ainsi l'action pour obtenir la légitime n'appartient qu'à l'héritier, mais l'enfant donataire peut la retenir par voie d'exception et la cumuler avec le disponible. Nous croyons avec l'auteur que la liberté qui existe aujourd'hui pour le père de faire des dons préciputaires à l'un de ses enfants a enlevé tout fondement rationnel à cette doctrine. Il n'en est pas moins utile de la voir dégagée des obscurités dont elle est restée longtemps enveloppée, afin de savoir que c'est sur un autre terrain que celui de l'ancien droit qu'il faut combattre ses partisans modernes. Comment la réserve des ascendants se concilie-t-elle avec la règle « les propres ne remontent pas? » Comment combiner la légitime avec le droit d'aînesse, l'augment de dot des pays de droit écrit avec la légitime et les réserves? Des réponses claires et d'une précision qui ne laisse rien à désirer sont données à ces difficultés. La légitime de grâce, le tiers coutumier de Normandie et le douaire des enfants au cas de renonciation n'ont pas été oubliés. Si nous ne nous trompons, l'impression que l'on garde de cette dissection si délicate, pour ainsi dire, est que pour le jurisconsulte, il ne saurait y avoir avec les lois romaines d'études plus propres à développer le sens juridique que celle de nos institutions coutumières.

Les esprits prévenus ou pratiques, au mauvais sens du mot, qui leur contestent une place dans l'enseignement du droit, pourraient revenir à des idées plus justes en lisant le livre II de l'ouvrage de M. Boissonade. Nous avions tout d'abord éprouvé quelque surprise en nous apercevant que le chapitre sur les pays de droit écrit, qui nous fait remonter dans le passé jusqu'au temps de l'invasion barbare, avait été relégué après l'époque monarchique; c'est cependant l'ordre le plus rationnel : en effet, l'exposé préalable du droit romain donne l'intelligence de la légitime *de droit* pour les pays coutumiers, tandis que le Midi leur empruntant la réserve des propres, ce ne peut être qu'à l'aide de la connaissance de ces usages du Nord, dont l'étude ne pouvait être scindée, qu'il était possible d'avoir une idée exacte de la jurisprudence des pays de droit écrit.

Nous avons dû renoncer, pour notre ancien droit, à suivre

Digitized by Google

l'ordre même de l'ouvrage, à plus forte raison à signaler tous les passages qui nous ont paru contenir des aperçus justes ou ingénieux. Cette histoire de la réserve héréditaire, par son exactitude et sa conception puissante, peut être regardée comme l'un des chapitres de l'histoire définitive de notre droit national. On pourrait peut-être y ajouter certaines particularités, l'édifier sur un autre plan; mais ses éléments ne sauraient être notablement modifiés. « Après avoir « recherché dans les législations de l'antiquité les sources et « les origines de nos droits de légitime et de réserve, dit « M. Boissonade, nous avons assisté à leur établissement, à « leurs transformations dans l'ancienne France... Nous sa- « vons que seuls, au milieu des ruines de toutes nos an- « ciennes institutions, ils ont subsisté pendant la période « révolutionnaire. » Incontestablement, ce n'est pas aux idées de réserve héréditaire que les lois révolutionnaires se sont attaquées; mais n'y a-t-il pas une grande exagération à dire que seules, elles se retrouvent parmi les ruines du droit civil [1]? Certes, les innovations même en matière de succession ont été profondes, et il serait injuste de ne pas rappeler que c'est à la Révolution que nous devons le principe du partage égal; mais M. Boissonade a lui-même soin de faire remarquer, lorsqu'il le défend contre ses adversaires actuels, qu'il était autrefois dans les coutumes d'égalité poussé plus loin qu'aujourd'hui; que même pour les nobles, le partage égal s'appliquait aux biens de roture; qu'enfin les héritages de roture se divisaient également au regard des héritiers du censier aussi bien qu'entre ceux des censitaires.

Avec M. Laboulaye, notre consciencieux auteur croit que « l'histoire est la moitié de la science », mais il ne subit pas la tentation d'en faire toute la science, et arrivé au terme de sa tâche historique, il sait qu'il doit, pour compléter son œuvre, consacrer les mêmes soins et des développements égaux à défendre la réserve au double point de vue de sa salutaire influence morale et économique. Le juste doit avoir le pas sur l'utile, même si l'on admet qu'ils sont providentiellement harmoniques. C'est, d'ailleurs, au nom de l'auto-

[1] Comparer à ce sujet la fort instructive dissertation de M. Valette : *De la durée persistante de l'ensemble du droit civil français pendant et depuis la révolution de* 1789. Paris, 1872.

Digitized by Google

rité paternelle menacée et d'une prétendue inviolabilité de la propriété qu'on réclame de nos jours avec le plus d'acharnement la liberté absolue de tester pour le chef de famille. Après avoir démontré que la réserve est de droit naturel il convenait donc de réfuter les objections d'ordre purement économique. M. Boissonade ne s'attarde pas à établir la légitimité de la propriété individuelle ; il commence par se débarrasser d'auxiliaires compromettants, de tous ceux qui, avec Mirabeau, philosophes de l'École du XVIIIe siècle ou publicistes imbus des fausses doctrines de l'École historique, ne voient dans la propriété qu'une institution purement politique et n'ont donc pour justifier la réserve héréditaire qu'à la présenter comme une restriction dépendant de la seule volonté du législateur. La propriété est de droit naturel, et non moins qu'elle, la faculté de disposer, sans distinction entre la transmission entre-vifs et la transmission par décès. — Quant à la liberté absolue de disposer par testament, elle doit être appréciée différemment selon que la loi de succession *ab intestat* s'inspire des sentiments naturels et des idées de justice, ou qu'au contraire, elle s'oppose à leur satisfaction. Il est aisé de prouver que notre loi de succession mérite entre toutes les préférences que Montaigne accorde aux lois sur les dispositions testamentaires. « En général, la plus saine distribution de « ses biens en mourant me semble être de les laisser distri- « buer à l'usage du pays ; les lois y ont mieux pensé que « nous, etc. » — Le droit d'aînesse ayant retrouvé en ces dernières années plus d'un défenseur, il n'était pas inopportun de remettre sous nos yeux les intéressantes péripéties de la discussion du projet de loi de 1826, et surtout les victorieuses réfutations de Benjamin Constant. Ordinairement ces prétentions réactionnaires se dissimulent : on ne plaide ouvertement que pour la liberté de tester en vue de constituer ce qu'on appelle des familles-souches. Mais on connaît les effets du droit d'aînesse dans notre ancienne France, M. Boissonade les retrace avec vigueur (p. 292 et 293); par contre, ceux de l'égalité des partages sont la multiplicité et la fécondité des mariages. Ceux qui désirent le retour à l'ancien droit se font de grandes illusions non-seulement sur ce que demande la justice, mais aussi sur la possibilité de

Digitized by Google

dompter notre passion pour l'égalité civile. Il ne fallait pas leur laisser le bénéfice de l'équivoque à laquelle des admirateurs naïfs de tout ce qui s'annonce sous le nom de liberté se sont laissé prendre. M. Boissonade a raison de qualifier de *pouvoir testamentaire* ce que d'autres appellent la *liberté testamentaire;* car le droit de tester n'est pas en discussion, et il s'agit uniquement de savoir si l'exercice de ce droit doit être sans limite aucune. La liberté de tester implique-t-elle pour le testateur celle de créer entre ses enfants une monstrueuse inégalité? Est-il vrai que le respect de la puissance paternelle réclame une solution aussi injuste? Le judicieux professeur réfute un à un les arguments produits en ce sens par l'auteur de la *réforme sociale.* Il conteste avec infiniment de bon sens l'infaillibilité des jugements paternels et l'efficacité des menaces de l'exhérédation. Ici encore le dernier mot revient à Montaigne : « Un père est bien misé-« rable qui ne tient l'affection de ses enfants que par le be-« soin qu'ils ont de son secours, si cela se doit nommer « affection. » Rectitude de pensée et parfaite justesse d'expression, nous avons tout à louer dans cette réfutation de la trop séduisante théorie de la liberté testamentaire. Elle est suivie d'une longue enquête : M. Boissonade n'a pas voulu laisser sans la citer une seule autorité, hostile au pouvoir testamentaire illimité, depuis les Pères de l'Église jusqu'à M. Devienne, dans son rapport sur les pétitions adressées au Sénat en 1866. A la première lecture, l'inconvénient de cet enregistrement minutieux est manifeste; il occupe plus de cinquante pages, et, par la suite, un autre dénombrement d'opinions sur le morcellement du sol est aussi fort étendu. Mais, sauf la question de mesure, après un second examen, nous regretterions que l'auteur eût cherché à fondre tout ce que ses nombreuses citations contiennent dans son œuvre personnelle; celle-ci eût pu devenir lourde et indigeste, tandis que chacun des témoins de l'enquête dépose avec son genre d'esprit, son cachet propre. Dans une question législative de cette importance, qui a tenté plus d'un publiciste de premier ordre, l'esprit le plus téméraire hésiterait à donner seul la solution et à la motiver seul; il ne saurait davantage se placer à tant de points de vue. Il faut d'ailleurs qu'on puisse se compter dans les deux camps, et les partisans de

Digitized by Google

la liberté ayant, à l'aide de citations tronquées, rangé parmi eux plusieurs autorités, notamment Rossi, le rappel des opinions de chacun, au moyen d'extraits dans leur forme originale, permettait de rétablir la vérité altérée.

Renverser la thèse de la liberté absolue de tester ne pouvait suffire : les défenseurs de la réserve héréditaire ont de plus à faire la démonstration directe de sa légitimité. La dette alimentaire serait trop étroite, comme base unique; M. Boissonade y ajoute la copropriété familiale, idée trop souvent négligée par les interprètes du Code civil (bien qu'elle ait été plus d'une fois affirmée dans les discussions par Siméon ou Treilhard), et, en troisième lieu, un fidéicommis tacite. C'est à M. Lair, auteur d'un remarquable mémoire sur la liberté de tester, que ce troisième fondement rationnel du droit de réserve est emprunté.

La question économique de l'influence de la réserve est abordée sans parti pris doctrinaire; toute la démonstration de l'utilité de la réserve repose sur des faits et aucune fin de non recevoir *à priori* n'est opposée à la liberté de tester, pas même cette forte présomption contre elle, à savoir qu'elle n'a trouvé aucun appui au sein de la commission supérieure à la suite de la grande enquête agricole de 1866. Au fond, aucune des objections adressées à la réserve ne résiste à la critique tout à fait scientifique de M. Boissonade. D'abord le morcellement du sol n'est pas dû à l'égalité des partages. Chose notable, la moyenne propriété a été constituée depuis la Révolution [1]. Le morcellement du sol date de beaucoup plus loin. Depuis le Code, son principal agent a été la vente des grands domaines; mais en cela aussi, il est permis de penser avec P. L. Courrier, que les *bandes noires* qui partageaient et revendaient les terres ont rendu un grand service au pays en multipliant le nombre des propriétaires. Ce qui est un mal, c'est l'adaptation au sol d'un genre de culture qui ne convient pas soit à sa nature, soit au climat ou aux espèces de produits, ce n'est pas la petite propriété. Elle est compatible avec la moyenne et la grande culture malgré le préjugé si commun qui établit entre l'étendue de la propriété et le

[1] De Sybel, *la France et l'Europe pendant la Révolution française*, t. I, p. 27.

Digitized by Google

mode de culture une corrélation nécessaire. Nous renvoyons à cette démonstration faite avec une grande lucidité. Quant à l'argument tiré de l'exemple de l'Angleterre, M. Boissonade le réfute sans peine, car la liberté de tester est employée dans ce pays en vue de revenir à l'égalité et à titre de correctif au droit d'aînesse. Il conclut en ce sens que la réserve est, plutôt qu'une trop grande concentration des fortunes, favorable à l'activité individuelle, et, en effet, elle fournit les instruments de travail à un plus grand nombre. A ceux, d'ailleurs, qu'inquiète le morcellement excessif de la propriété sont offerts plusieurs moyens préventifs, entre autres l'association agricole; M. Boissonade revient plus loin encore sur ce sujet en signalant quelques modifications dont nos lois civiles sont susceptibles.

Son étude sur la réserve héréditaire sous l'empire du Code civil, est, avons-nous déjà dit, intentionnellement abrégée. Le problème fondamental de la nature de la réserve y est seul examiné avec quelques détails. Notre réserve actuelle reproduit-elle la légitime du droit romain ou plutôt la réserve coutumière? Tout dépend de là et pour la question de l'imputation et du cumul et aussi pour savoir si le renonçant doit faire nombre. M. Boissonade se prononce négativement sur ces difficultés. Nous avons, après lui, été frappé de la vérité de la formule concise imaginée par M. Demangeat et qu'il nous fait connaître : « La légitime avait un autre but que la « réserve coutumière, mais les rédacteurs du Code civil ont « voulu atteindre le but de la première avec les moyens « employés pour assurer la seconde. »

Nous ne dirons rien des quelques pages qui terminent le volume sur les législations européennes; elles contiennent tous les renseignements que l'auteur pouvait se procurer, étant donnée l'insuffisance des documents officiels étrangers dans nos collections publiques. Ce qui mérite davantage notre attention, c'est le chapitre dans lequel notre auteur formule les modifications au Code civil qui lui semblent désirables; il les a toutes réunies dans un projet de loi en six articles, que nous avons le regret de ne pouvoir citer textuellement à cause de leur étendue. En voici les principales dispositions : 1° quotité disponible portée à la moitié des biens quel que soit le nombre des enfants. Défense au père sur cette moitié

Digitized by Google

de donner plus d'une part d'enfant, soit à un étranger, soit par préciput à l'un des héritiers. Cette disposition, très-équitable, qu'on eut le tort de repousser lors de la rédaction du Code civil, serait le retour à la loi de germinal an VIII; 2° proposition de ne donner aux ascendants à titre de réserve qu'un droit d'usufruit, mais de le leur assurer lors même qu'ils se trouveraient en présence de frères ou sœurs; 3° modification aux articles 826, 827 et 832; faculté pour les ascendants faisant entre leurs enfants le partage de leurs biens, ou pour les tribunaux de former des lots de diverses natures. Favoriser les partages d'ascendants et donner plus de latitude au juge pour la composition des lots, est en effet le meilleur moyen de prévenir le morcellement indéfini de la propriété. Une proposition en ce sens est soumise à l'Assemblée nationale; 4° affranchir du droit proportionnel d'enregistrement les échanges de parcelles contiguës. C'est un des vœux les plus légitimes de l'enquête agricole; l'échange de ces parcelles est un moyen correctif du morcellement.

Ces réformes nous paraissent conçues dans l'esprit de cette épigraphe qui précède leur énoncé : « Image vivante de la « société, la loi civile doit être à la fois stable et progres- « sive. » Mais nous n'avons pas, en quelques lignes, la présomption de les juger. Notre conviction est que tous les hommes d'étude tiendront à cœur de lire l'œuvre dont nous avons essayé de donner une idée; elle touche aux plus intéressantes institutions du passé et aux polémiques les plus ardentes du présent. Une place lui est assurée à côté de l'*Histoire de la condition de la femme*, de M. Gide; nous ne pouvons en faire un plus bel éloge, et nous nous croyons autorisé à prédire un aussi légitime succès au second ouvrage de M. Boissonade [1], dont la prochaine publication est annoncée.

PAUL CAUWÈS.

[1] *Histoire des droits du conjoint survivant* (mémoire couronné par l'Institut en 1872).

Digitized by Google

DES VICISSITUDES DU JURY,

Par M. PARINGAULT,

LOIS DU JURY. ORGANISATION ET COMPÉTENCE,

Par J. C. BARBIER, conseiller à la Cour de cassation.

Compte rendu par M. Gabriel DEBACQ,
docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris.

Voici deux bons livres, de tous points dignes d'attirer l'attention des lecteurs de la *Revue*. Une brochure de M. Paringault sur les vicissitudes du jury et un commentaire par M. Barbier, conseiller à la Cour de cassation, des lois du 15 août 1871 et du 21 décembre 1872 sur la compétence et l'organisation du jury.

La brochure de M. Paringault est, avant tout, un travail historique où sont résumées les quatorze lois qui du 1er janvier 1792 à l'an de grâce 1872 ont successivement réglementé le recrutement du jury. Le style est vif, plein de verve, un peu trop humoristique peut-être; le lecteur aurait peine, si M. Paringault ne prenait soin de l'en avertir, à deviner que l'auteur a été, sous le second Empire, chef d'un parquet d'assises. Il est impossible de se montrer plus sévère pour la législation impériale d'avant 1814 ou d'après 1852. M. Paringault ne critique pas, il stigmatise la constitution du jury suivant les lois, décrets ou sénatus-consultes de 1808-1819. Et cela se comprend du reste. Les législateurs du premier Empire avaient mis entre les mains du gouvernement et de ses agents, à l'exclusion de tous autres, le choix des citoyens destinés à remplir les fonctions de jurés. Le préfet, tous les trois mois, sur la réquisition du président d'assises, formait une liste de soixante jurés, sur lesquels le président (magistrat amovible ou du moins institué pour cinq années seulement de par le sénatus-consulte du 16 octobre 1807) choisissait les trente-six jurés appelés à faire le service de la session. M. Paringault se demande quelle garantie d'impartialité pouvait présenter un pareil jury, dont les membres désignés alors que les affaires devant venir à l'audience pendant la session étaient déjà connues, et en vue de ces affaires, étaient encouragés encore à se faire bien venir du président par le

Digitized by Google

désir de mériter « les témoignages honorables de satisfaction réservés par Sa Majesté aux jurés qui auraient montré un zèle louable [1] ».

La loi du 2 mai 1827, abrogative de la législation impériale, appelait à faire partie du jury les citoyens inscrits sur les listes électorales, auxquels étaient adjoints diverses catégories de capacitaires; le rôle du préfet se bornait à choisir sur cette liste générale 500 noms dans les départements, 1,500 dans le département de la Seine : la loi supprimait les listes trimestrielles pour les remplacer par des listes annuelles, dressées à une époque où les affaires à juger n'étaient pas connues; elle mettait fin à l'intervention du président d'assises dans le choix des jurés.

M. Paringault, sans nier le progrès réalisé par cette loi, se montre encore sévère pour elle. Il ne peut lui pardonner le maintien aux mains du préfet du pouvoir de dresser les listes.

L'auteur est plus favorable à la législation de 1848. S'il trouve un peu radical le système que le gouvernement qui précéda et prépara peut-être les journées de juin avait prétendu introduire et qui faisait de tous les électeurs des jurés, il approuve presque sans réserve le décret du 7 août 1848. Bien différente est l'opinion de M. Paringault sur la loi du 4 juin 1853, œuvre du despotisme le plus pur d'après l'auteur, complétée par des circulaires ministérielles et des instructions plus détestables encore que la loi elle-même. Ancien magistrat, ancien chef du parquet, M. Paringault est peut-être mieux placé que qui que ce soit pour se rendre bien compte des faiblesses ou des inconvénients d'une législation qu'il a appliquée avec résignation. Tout le monde connaît les dispositions de la loi de 1853. Mérite-t-elle toutes les colères qu'elle a soulevées? A-t-elle fait tout le mal qu'on lui reproche? Et pour les crimes de droit commun, le jury de 1853 à 1870 a-t-il si mal rempli son œuvre? Nous ne le pensons pas. Si les intentions du législateur ont été mauvaises, les résultats pratiques de la loi de 1853 ne peuvent pas, ce nous semble, être considérés comme mauvais. Nous admettons que le mode de constitution du jury pourrait donner lieu de craindre que les affaires touchant de près ou de loin à la politique fussent

[1] Il parait qu'il avait été question de décorer d'une médaille spéciale ceux des jurés dont Sa Majesté aurait été satisfaite.

Digitized by Google

considérées par le jury sous un point de vue trop favorable au gouvernement. Nous ne dirons pas le contraire. Mais en matière politique il n'y a à espérer de bonne justice nulle part. Il faut en prendre son parti, se dire franchement qu'en pareil cas l'accusé ne sera jamais jugé que par des adversaires ou des complices, des amis ou des ennemis. Nous ne nous demandons donc pas ce que le jury de 1853 aurait pu faire dans des affaires intéressant le chef de l'État ou les siens; nous dirons même, si M. Paringault le désire, ce qu'il a fait; nous nous contentons de remarquer que si la loi de 1853 a voulu donner à la répression énergique des faits criminels des armes et une force nouvelle, elle a manqué le but qu'elle poursuivait, car jamais avant cette date de 1853 le jury n'avait admis aussi facilement les circonstances atténuantes en faveur des accusés que depuis cette date; et le gouvernement lui-même devait proposer et faire voter une loi arrachant au jury, qu'il estimait trop faible, pour en attribuer la connaissance aux tribunaux correctionnels, nombre d'infractions qualifiées crimes auparavant.

Abrogée en 1870, la législation de 1853 laissera peut-être des regrets.

M. Paringault lui-même trouve que le projet de loi qui est devenu la loi du 21 novembre 1872 n'a point été assez longuement élaboré, et l'approbation qu'il donne à ce projet n'est pas sans réserve. Si l'auteur applaudit à la suppression de l'intervention préfectorale dans la confection des listes, il trouve trop grande l'influence laissée par le projet aux juges de paix et à l'élément judiciaire; le magistrat, avec ses procédés actuels de recrutement, ne lui donne pas de suffisantes garanties d'indépendance; il demande que l'âge minimum des citoyens appelés à faire partie du jury soit abaissé de trente ans à vingt-cinq ans, n'admet pas d'incapacités temporaires frappant les citoyens frappés de condamnations correctionnelles ne reposant point sur des faits entachant l'honneur, la morale, la délicatesse.

M. le conseiller Barbier s'est, dans son livre *Lois du jury. Compétence et organisation*, placé à un point de vue absolument différent de M. Paringault. M. Barbier a voulu faire un commentaire pratique et utile de la législation nouvelle, et sans prétendre rechercher ce que le jury a été ou doit être,

Digitized by Google

il s'est surtout attaché à bien préciser ce qu'il est aux termes de la loi du 21 novembre dernier. L'auteur s'est abstenu de faire l'histoire de l'institution qu'il étudie. Du moins n'a-t-il rappelé de la législation ancienne que ce qui lui a semblé utile à l'intelligence parfaite des diverses dispositions dont il aborde l'explication. Il a seulement, dans un appendice, reproduit des extraits des lois des 27 juillet 1849 et 26 mai 1819, remises en vigueur par les lois nouvelles, et le texte, sans commentaires, du décret du 7 août 1848 et de la loi du 3 juin 1863; mais son travail est avant tout et exclusivement un commentaire de la loi de compétence du jury du 15 août 1871 et de la loi d'organisation du 21 novembre 1872.

Le texte de chacune de ces lois est précédé de l'exposé des motifs et du projet présenté par le gouvernement, du rapport *in extenso* de la commission chargée par l'Assemblée d'étudier ces projets, de l'analyse de la discussion.

Les circulaires du garde des sceaux relatives à l'exécution de ces lois sont également reproduites par M. Barbier.

Vient ensuite l'explication article par article, paragraphe par paragraphe de la législation nouvelle, explication pratique avant tout, mais où cependant la critique se fait place. Signalons notamment les observations excellentes présentées par M. Barbier au sujet de la disposition qui déclare incapables d'être jurés les militaires condamnés au boulet et aux travaux publics.

« Ce travail, dit l'auteur dans sa préface, se ressentira peut-être d'un peu de précipitation; mais il s'agissait surtout de faire vite, ce qui augmente la difficulté de faire bien, difficulté toujours grande par elle-même jusque dans les plus petits sujets. »

M. Barbier a fait vite, mais tous ceux qui liront son livre diront qu'il a fait bien et très-bien. Il serait a désirer que toutes les lois dont l'Assemblée nous dote avec tant de prodigalité trouvassent des commentateurs comme lui.

GABRIEL DEBACQ.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

1730. Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière et Cᵉ, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

CONTRIBUTION FONCIÈRE.

DES RÉCLAMATIONS CONTRE LE CLASSEMENT DES PROPRIÉTÉS NON BATIES, ET DU DÉLAI DANS LEQUEL CES RÉCLAMATIONS DOIVENT ÊTRE PRÉSENTÉES.

Par M. O. Le Vavasseur de Précourt,
docteur en droit, auditeur de 1re classe au Conseil d'État.

I

Les articles 37 et 38 de la loi du 15 septembre 1807 ont établi une distinction fondamentale, en matière de réclamations contre le classement cadastral, entre les propriétés bâties et les propriétés non bâties. Le principe de la permanence absolue du classement cadastral n'existe pas pour les propriétés bâties; l'article 38 de la loi de 1807 donne à ceux qui possèdent des propriétés bâties le droit de réclamer chaque année contre le classement de leurs propriétés, non-seulement dans le cas de destruction totale ou partielle de leurs bâtiments, mais même dans le cas pur et simple de surtaxe. Le Conseil d'État a toujours entendu cet article dans le sens le plus large; il a repoussé notamment le système du ministre des finances, qui voulait restreindre le droit de réclamation du propriétaire au cas où il y aurait eu, dans l'année précédant la réclamation, une modification dans l'état de la maison imposée (Conseil d'État, 23 décembre 1845). Pour les propriétés non bâties, au contraire, la règle est tout autre; les propriétaires doivent réclamer contre le classement, immédiatement après la confection du cadastre. Une fois le cadastre établi, le classement devient permanent, aucune réclamation n'est plus possible, en règle générale. La raison de cette distinction est facile à comprendre. La permanence absolue du revenu ne pouvait être admise pour les propriétés bâties dont le revenu, à cause de la nature même de ces propriétés, est soumis à des variations incessantes. Pour les propriétés non bâties, au contraire, le principe de la permanence se justifie de lui-même; il empêche des perturbations inutiles et dangereuses dans l'assiette et la répartition de l'impôt, il favorise les améliorations agricoles, en ne

Digitized by Google

faisant pas craindre une augmentation d'impôt aux propriétaires qui améliorent leurs fonds.

Ce principe général de la permanence du classement cadastral, pour les propriétés non bâties, principe établi par la loi de 1807, n'a pas été modifié depuis cette époque. En 1858, un contribuable a soutenu, devant le Conseil d'État, que ce principe avait été abrogé implicitement par la loi du 31 juillet 1821, qui a restreint la portée des opérations cadastrales à la répartition individuelle, et a par là restitué aux conseils généraux et aux conseils d'arrondissement le droit de remanier chaque année la répartition entre les arrondissements et les communes; le réclamant soutenait que cette loi avait rendu à chaque propriétaire le droit de faire chaque année, en faveur de sa propriété, un rappel à l'égalité proportionnelle et de réclamer contre le classement. Cette réclamation a été repoussée (Conseil d'État, 13 juillet 1858).

Il y a pourtant des cas exceptionnels dans lesquels on peut, après la confection du cadastre, réclamer contre le classement des propriétés non bâties. Ce droit exceptionnel de réclamation n'appartient qu'aux propriétaires. Jamais les répartiteurs n'ont le droit de rehausser le revenu imposable des propriétés non bâties qui auraient été améliorées postérieurement à la confection du cadastre (Conseil d'État, 27 avril 1847). Il y aurait là une sorte de révision particulière du cadastre, qu'aucun texte de loi n'autorise.

Il est utile de citer les textes qui permettent aux propriétaires, dans des cas spéciaux, de réclamer contre le classement de propriétés non bâties. Voici ces textes :

Loi du 15 *septembre* 1807, *article* 37 : « Les propriétaires compris dans le rôle cadastral, pour des propriétés non bâties, ne seront plus dans le cas de se pourvoir en surtaxe, à moins que, par un événement extraordinaire, leurs propriétés ne vinssent à disparaître; il y serait pourvu alors par une remise extraordinaire; mais ceux d'entre eux qui, par des grêles, gelées, inondations ou autres intempéries, perdraient la totalité ou une partie de leurs revenus, pourront se pourvoir, comme par le passé, en remise totale ou en modération partielle de leur cote de l'année dans laquelle ils auront éprouvé cette perte; le montant de ces remises ou modérations sera pris sur le fonds de non-valeur. »

Digitized by Google

Ordonnance du 3 *octobre* 1821, *article* 9 : « Tout propriétaire est admis à réclamer contre le classement de ses fonds pendant les six mois qui suivent la mise en recouvrement du rôle cadastral. Passé ce délai, aucune réclamation ne pourra être admise, qu'autant qu'elle portera sur des causes postérieures et étrangères au classement. »

Règlement général sur le cadastre du 10 *octobre* 1821 : « Les propriétaires sont admis à réclamer, à toute époque, lorsque la diminution qu'ils éprouvent dans leur revenu imposable provient de causes postérieures et étrangères au classement, telles que démolition ou incendie de maisons, cession de terrains à la voie publique, disparition de fonds par l'effet de corrosion ou d'envahissement par les eaux, enfin perte de revenu, dans quelque propriété dont la valeur, justement évaluée dans le principe, aura été détériorée par suite d'événements imprévus et indépendants de la volonté du propriétaire. »

On aurait peut-être pu contester la légalité de l'ordonnance du 3 octobre 1821 ; on ne l'a pas fait, la légalité de cette ordonnance a toujours été implicitement admise par le Conseil d'État. Et, en effet, on l'a considérée comme étant plus favorable pour les propriétaires que la loi de 1807, et comme leur donnant des garanties nouvelles. En dehors du droit de réclamer une remise de contributions, à titre gracieux, la loi de 1807 ne permettait au propriétaire de se pourvoir en surtaxe que dans le cas, évidemment fort rare, de disparition de la propriété par suite d'un événement extraordinaire. L'ordonnance de 1821 lui permet, d'un façon générale, de se pourvoir lorsque la réclamation porte sur des causes postérieures et étrangères au classement.

Quelle est la nature des événements postérieurs au classement cadastral qui peuvent justifier une réclamation contre le classement?

Lorsqu'un événement de cette nature s'est produit, dans quel délai le réclamation doit-elle être faite?

Telles sont les deux questions sur lesquelles nous voulons brièvement exposer la jurisprudence du Conseil d'État.

II

L'événement sur lequel s'appuie un propriétaire, pour réclamer le déclassement d'une propriété non bâtie, doit être étranger et postérieur au classement. Il doit être également,

Digitized by Google

et c'est un de ses caractères essentiels, indépendant de la volonté du propriétaire. Cette condition, indiquée dans le réglement général du 10 octobre 1821, ne l'est pas, il est vrai, dans l'ordonnance du 9 octobre précédent; mais, à défaut de texte impératif, le simple bon sens suffirait pour la faire exiger. Par un arrêté du 4 août 1865, le conseil de préfecture du département de l'Aude avait cru devoir écarter cette condition, en se fondant sur ce qu'elle n'était pas écrite dans l'ordonnance du 3 octobre 1821, et sur ce qu'il n'était pas permis d'ajouter aux textes légaux ce qu'ils ne disaient pas, surtout quand ces conditions avaient pour effet de créer des déchéances. Cet arrêté a été annulé par le Conseil d'État (Conseil d'État, 11 juillet 1866), et la jurisprudence a toujours refusé d'admettre une demande en déclassement, motivée sur des événements dépendant de la volonté du propriétaire, tels, par exemple, que le défrichement de parcelles, boisées lors de la confection du cadastre, le desséchement d'un étang.

Il est impossible de donner une définition générale de l'événement qui peut donner lieu, après la confection du cadastre, à une réclamation contre le classement cadastral; le même événement peut avoir, relativement à deux propriétés, des effets distincts, et doit être dès lors apprécié d'une façon différente pour chaque propriété. On peut dire toutefois qu'il faut qu'il s'agisse d'un de ces événements indépendants de la volonté du propriétaire, qu'on ne pouvait pas prévoir lors de la confection du cadastre et qui modifient le revenu de la propriété d'une façon permanente; car si le revenu n'était modifié que d'une façon temporaire, ce serait alors simplement le cas d'une demande en remise ou en modération présentée par la voie gracieuse.

Un ouragan qui détruit complétement un verger est, par exemple, un événement de nature à motiver une demande en déclassement. (Conseil d'État, 11 janvier 1853.) Il en est de même d'une inondation qui modifie complétement la valeur de terrains qui ont été ensablés. (Conseil d'État, 12 août 1859). Si, au contraire, l'inondation ne fait que détruire la récolte d'une année, sans altérer l'essence même du fonds, le propriétaire peut seulement former une demande en remise. (Conseil d'État, 26 juin 1867.)

Digitized by Google

Souvent il est difficile d'apprécier quel effet un événement pourra avoir, pour l'avenir, sur la valeur d'un fonds immobilier; il y a certains événements qui ne peuvent, la première année où ils se produisent, motiver qu'une demande en remise ou modération, tels par exemple qu'une perte de récolte par suite d'inondation, le dépérissement d'oliviers par suite de rigueur exceptionnelle de l'hiver. (Conseil d'État, 27 novembre 1838.) Ces mêmes événements, s'ils deviennent périodiques et si leur influence se fait sentir d'une façon permanente, peuvent, au contraire, être de nature à justifier une demande en déclassement, alors que leur périodicité et leur influence continue ont pu être constatées.

L'événement sur lequel s'appuie une demande en déclassement doit être, en quelque sorte, un événement palpable dont l'influence directe et matérielle sur le fonds peut être constatée. Ainsi la jurisprudence n'a jamais admis que la diminution d'un fonds, par suite de modifications apportées aux tarifs douaniers, en vertu de traités de commerce, constituât un de ces événements qui pût motiver une modification du classement. (Conseil d'État, 27 avril 1869.)

La jurisprudence du Conseil d'État a ajouté une condition nouvelle, qu'elle exige pour que l'événement puisse être considéré comme devant entraîner une modification dans le classement de la propriété. L'événement doit être spécial à la propriété pour laquelle on réclame et ne doit pas étendre ses effets à toute la contrée avoisinante. Cette condition a été posée d'une façon très-nette, en 1870, par un arrêt du Conseil d'État. Voici dans quelles circonstances se présentait l'affaire. La dame veuve d'Auriol et les sieurs des Michels avaient formé une demande en déclassement de 314 parcelles de terre, d'une contenance de 770 hectares, faisant partie du domaine dit l'Étang de Marseillette, dont ils étaient propriétaires dans le département de l'Aude; ils exposaient que, en 1829, lors de la confection du cadastre, ces parcelles avaient été rangées dans les premières classes et étaient alors comptées parmi les plus fertiles de la propriété; que, depuis cette époque et postérieurement à la confection du cadastre, ces parcelles, voisines de la mer, avaient été envahies par des efflorescences salines qui s'étaient manifestées à la surface du sol et avaient détruit toute végétation, et que

Digitized by Google

ce phénomène constituait un événement imprévu, étranger et postérieur au classement et indépendant de la volonté des propriétaires, de nature à permettre à ceux-ci de réclamer, à toute époque, contre le classement de leurs propriétés.

Les faits allégués étaient exacts; mais il était constaté par l'instruction que l'événement extraordinaire s'était produit d'une façon générale dans la contrée, et que les propriétés voisines en avaient souffert autant que celles des requérants. Le Conseil d'État rejeta la requête par décret du 1er juin 1870. Les considérants de ce décret portent : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'envahissement des terres par le sel n'est pas un événement particulier au domaine de l'Étang de Marseillette; qu'il s'est produit d'une manière générale dans la contrée; qu'ainsi les requérants ne peuvent se prévaloir des dispositions législatives ci-dessus visées pour demander le classement à nouveau de leurs propriétés, et qu'il ne nous appartient pas de prononcer, en notre Conseil d'État au contentieux, sur la question de savoir si l'événement dont s'agit peut donner lieu à une révision du cadastre dans les communes où les efflorescences salines se sont manifestées, et où elles auraient modifié le revenu assigné aux propriétés lors des opérations cadastrales. »

L'événement survenu postérieurement à la confection du cadastre, l'envahissement des terres par le sel, semblait être un événement de nature à justifier une demande en déclassement; mais cet événement s'étant produit d'une manière générale dans la contrée, le Conseil d'État a considéré qu'on ne pourrait, par voie de déclassement particulier, accorder une réduction à un propriétaire sans nuire à tous les propriétaires, placés dans la même situation, et que le seul remède, dans ce cas, était une révision du cadastre communal opérée conformément à la loi du 7 août 1850.

Cette décision, conforme à l'équité, nous paraît parfaitement juridique; la généralité de l'événement lui enlève en quelque sorte son caractère d'événement extraordinaire relativement à une propriété considérée distinctement, et le législateur n'a eu en vue, en permettant au propriétaire de réclamer contre le classement de sa propriété, après la confection du cadastre, qu'un événement dont les effets sont, pour ainsi dire, spéciaux à la propriété qu'il frappe.

Digitized by Google

III

Après avoir indiqué d'une façon générale les caractères que doit présenter l'événement extraordinaire qui modifie la nature et le revenu d'une propriété cadastrée pour permettre d'opérer, postérieurement à la confection du cadastre, un classement à nouveau de cette propriété, après avoir insisté notamment sur le caractère de spécialité, relativement à la propriété atteinte que cet événement doit avoir, nous devons examiner dans quel délai, un de ces événements s'étant produit, le propriétaire doit réclamer contre le classement de sa propriété.

Et tout d'abord, y a-t-il un délai prescrit à peine de déchéance? Les textes que nous avons cités semblent, à première vue, fournir à cette question une réponse négative. La loi du 15 septembre 1807 pour les réclamations contre le classement de propriétés disparues, n'indique aucun délai, et, pour ce cas exceptionnel, nous serions disposé à admettre qu'il n'y en a pas, si ce n'est peut-être celui de trente ans. L'article 9 de l'ordonnance du 3 octobre 1821 indique un délai de six mois pour produire les réclamations contre le classement après l'émission du premier rôle cadastral, mais n'en indique spécialement aucun pour les réclamations postérieures fondées sur des causes étrangères au classement. Enfin, le règlement général du 10 octobre 1821 permet au propriétaire, en cas de diminution de revenu par suite d'un événement postérieur au classement, de réclamer à toute époque contre ce classement. Il n'y aurait donc aucun délai fixé; un événement extraordinaire venant à modifier le revenu d'une propriété non bâtie, le propriétaire pourrait réclamer quinze ou vingt ans après cet événement; le seul avantage d'une réclamation immédiate consisterait en ce que le nouveau classement de la propriété serait immédiatement appliqué. Pourrait-on même, dans ce système, opposer à un propriétaire, qui réclamerait plus de trente ans après l'événement, la prescription trentenaire? Nous pensons que oui, car la prescription de trente ans doit faire supposer légal tout ce qui est conforme à l'état actuel; mais la question nous semble toutefois douteuse.

Le système, que nous venons d'exposer brièvement, nous

Digitized by Google

semble contraire à l'esprit et au texte de la loi. Il y a, suivant nous, un délai passé lequel celui qui possède une propriété non bâtie ne peut plus réclamer contre le classement de cette propriété, à raison d'un événement qui a diminué le revenu de cette propriété; ce délai, c'est celui de six mois, à partir de la mise en recouvrement du premier rôle cadastral émis après cet événement. Le principe de la législation, en matière de classement cadastral des propriétés non bâties, c'est le principe de la permanence; les exceptions apportées à ce principe ne pourraient être étendues sans que le principe lui-même ne fût atteint. L'ordonnance du 3 octobre 1821 indique un délai de six mois après l'émission du premier rôle cadastral pour les réclamations contre le classement. La même phrase du même article de l'ordonnance indiquant que des réclamations ultérieures pourront être produites, à raison d'événements étrangers au classement, se réfère évidemment, pour ces réclamations, au délai déjà indiqué, six mois après l'émission, non plus du premier rôle cadastral, mais du premier rôle qui suit l'événement.

Le règlement général du 10 octobre 1821 rappelle toutes les règles de la législation cadastrale, et en indiquant dans son article 31 que le propriétaire peut réclamer à toute époque contre le classement de sa propriété non bâtie, en cas de diminution de revenu par suite d'événement extraordinaire, veut simplement dire que cette réclamation peut être faite à quelque époque après le classement que se produise l'événement. Ce système a l'avantage de ne pas porter une atteinte trop grande au principe de la permanence du classement cadastral des propriétés non bâties, et d'écarter des demandes basées sur des faits anciens dont la preuve, à raison même de cette ancienneté, serait bien souvent impossible.

Dira-t-on qu'il y a une souveraine injustice à condamner ainsi un propriétaire à voir à perpétuité sa propriété rangée dans une classe plus élevée que celle qu'elle devait occuper? Mais si le classement primitif a été mal fait, et si le propriétaire n'a pas réclamé la première année, pourra-t il réclamer ultérieurement? Évidemment, non. Pourquoi faire une position plus favorable à celui dont la propriété, bien classée au début, a ensuite été modifiée? Les deux situations sont identiques, la déchéance doit être la même dans les deux cas.

Digitized by Google

Nous avons dit que certains événements ne pouvaient donner lieu à un déclassement que lorsqu'ils se renouvelaient périodiquement, et lorsque l'on pouvait constater que la diminution de revenu était permanente et non simplement temporaire. Dans ce cas, évidemment, tant que l'événement se renouvellera, tant qu'il exercera des ravages annuels sur la propriété, le droit de réclamation sera ouvert, et l'on ne pourra opposer au propriétaire qui ne réclamerait pas la première année une fin de non-recevoir, qui serait d'autant moins fondée que ces sortes d'événements successifs ne pourraient le plus souvent motiver, la première année où ils se produisent, qu'une simple demande en remise ou modération.

Le système d'après lequel le propriétaire, en cas de diminution de revenu d'une propriété non bâtie par suite d'un événement postérieur au classement doit, à peine de déchéance, réclamer contre ce classement dans les six mois de la mise en recouvrement du premier rôle qui suit l'événement, est consacré par la jurisprudence Conseil d'État. Les premiers décrets formels que nous trouvons en ce sens sont de 1865 (Conseil d'État, 11 janvier et 7 août 1865), et depuis cette époque. chaque année, on trouve plusieurs décisions semblables. Mais si ce n'est qu'en 1865 qu'on voit ce système nettement formulé dans la jurisprudence, il est utile de remarquer qu'auparavant, dans les décisions où l'on admettait des recours basés sur des événemens anciens, on avait toujours soin d'indiquer que ces événements étaient périodiques, que leur influence sur la propriété était permanente, et l'on n'était pas en contradiction manifeste avec le système plus accentué de la jurisprudence actuelle, puisque nous admettons parfaitement que, pour ces sortes d'événements, on peut réclamer plus d'une année après leur première apparition.

Ainsi, en 1850, nous trouvons un décret du Conseil d'État, à la date du 16 novembre, rendu dans une affaire Pécourt. L'événement à raison duquel le requérant réclamait contre le classement de sa propriété, consistait dans la submersion d'une prairie par suite de travaux de barrages exécutés par l'État pour la canalisation de l'Oise. Les travaux remontaient à 1833, la réclamation produite en 1850 a été considérée comme recevable, mais les considérants du décret constatent

Digitized by Google

que la prairie était submergée par des inondations périodiques et font ressortir avec soin ce caractère périodique de l'inondation. Il y a, en 1863, à la date du 16 décembre, un décret, rendu dans une affaire Sanial, qu'on cite généralement avec le décret Pécourt, pour prouver que la jurisprudence admettait, en cas d'événement modifiant le revenu d'une propriété non bâtie, la réclamation contre le classement de cette propriété, à quelque époque qu'elle fût produite. Il s'agissait, dans l'espèce, de parcelles de bois, en essence de pins et sapins, qui avaient subi une notable dépréciation de valeur par suite des dégâts causés, en 1851, par une chute de neige telle qu'il ne s'en était pas produit de semblable dans le pays de mémoire d'homme. La requête, présentée en 1862, a été déclarée recevable, mais le décret constate, dans ses considérants, que les bois du requérant ont subi, par suite de cette avalanche de neige, des détérioration graves, qui ont eu pour conséquence, soit de diminuer d'une manière permanente et notable le revenu de certaines parcelles, soit d'obliger le propriétaire à changer, pour d'autres parcelles, la nature de leur culture. Ainsi la diminution de revenu était permanente, et nous ne trouvons pas que ce décret soit en contradiction avec la jurisprudence actuelle du Conseil d'État. On ne pouvait forcer le propriétaire à réclamer, en 1851, alors qu'on ne pouvait pas savoir quels effets l'événement survenu aurait sur la propriété; dès lors, on devait le déclarer recevable à réclamer à une époque où la diminution de revenu, qui n'aurait donné lieu qu'à une demande en remise ou modération si elle n'avait été que temporaire, avait présenté le caractère d'une situation permanente.

Il nous reste à dire que le Conseil d'État a récemment consacré, par un arrêt rendu en séance publique, la jurisprudence, aux termes de laquelle la réclamation contre le classement de propriétés non bâties, en cas de diminution du revenu imposable provenant de causes postérieures et étrangères au classement, ne peuvent être présentées après les six mois de la publication du rôle qui a suivi les événements à raison desquels la réclamation est formée. Le décret, dont nous voulons parler, est du 28 février 1873. — Nous croyons devoir donner le texte des considérants, qui indiquent avec

Digitized by Google

détail les circonstances de l'affaire : — « Considérant que les réclamations contre le classement des propriétés non bâties, en cas de diminution du revenu imposable provenant de causes postérieures et étrangères au classement, et indépendantes de la volonté du propriétaire, ne peuvent être présentées après les six mois de la publication du rôle qui a suivi les événements à raison desquels réclame le contribuable; — Considérant que les sieurs Beaumier, Hubert et Denis se fondaient, pour réclamer le classement à nouveau de parcelles de terre, plantées en orangers, dont ils étaient propriétaires à Hyères, sur ce que ces parcelles avaient subi une notable dépréciation de valeur par suite d'une épidémie qui avait commencé à sévir sur les orangers en 1850; qu'il résulte de l'instruction que cette épidémie a cessé d'exercer ses ravages sur les propriétés des sieurs Beaumier, Hubert et Denis en 1860; que les sieurs Hubert et Denis ont déclaré eux-mêmes, dans leurs requêtes au conseil de préfecture, que leurs plants d'orangers avaient été entièrement détruits de 1850 à 1860, et que, depuis cette époque, le sol, jadis planté en orangers, était livré à la culture des arbres ordinaires et des plantes potagères; que, si le sieur Beaumier soutient que l'épidémie doit être considérée comme étant à la rigueur inachevée en 1871 sur sa propriété, il résulte de l'expertise à laquelle il a été procédé, sur sa demande, en 1869, que son jardin était, à cette époque, planté en arbres fruitiers, et qu'il n'y restait plus que quatre ou cinq orangers en état de dépérissement; que de tout ce qui précède il résulte que l'événement, à raison duquel les sieurs Beaumier, Hubert et Denis réclamaient le déclassement de leurs propriétés par requêtes adressées au conseil de préfecture les 12 mars, 7 et 8 avril 1871, était, à cette époque, complétement accompli depuis plusieurs années; que, dans ces circonstances, c'est à tort que le conseil de préfecture n'a pas rejeté leurs demandes comme tardivement présentées. »

Toute la doctrine, que nous avons exposée, est résumée dans ces considérants; l'événement allégué, l'épidémie, qui a sévi sur les orangers, a commencé en 1850; à cette époque, on ne pouvait encore connaître les effets de cette épidémie; les propriétaires n'auraient pu former que des demandes en remise ou en modération. Mais l'épidémie a continué ses ra-

Digitized by Google

vages; elle est devenue périodique, la diminution de revenu a été permanente, la demande contentieuse en déclassement est devenue possible. Jusqu'en 1861 cette demande eût pu être utilement formée. Mais depuis 1861 l'épidémie n'a plus rien eu à ravager; tous les orangers étaient détruits, il n'y a donc plus eu de dégâts périodiques sur les orangers; dès lors, le principe de la permanence du classement cadastral des propriétés non bâties a repris son empire, les réclamations contre ce classement ne peuvent plus être utilement formées.

Telle est la jurisprudence du Conseil d'État que nous nous proposions d'exposer. Cette jurisprudence, soit qu'elle détermine les caractères spéciaux des événements qui peuvent donner lieu, postérieurement à la confection du cadastre, à une demande en déclassement des propriétés non bâties, soit qu'elle fixe le délai dans lequel ces demandes doivent être formées, à peine de déchéance, nous paraît faire une saine et équitable appréciation des principes posés par les lois et ordonnances sur le cadastre.

O. LE VAVASSEUR DE PRÉCOURT.

QUESTIONS

CONCERNANT

LA NATIONALITÉ DES HABITANTS DE L'ALSACE-LORRAINE.

(*Suite*[1].)

Par M. Robinet de Cléry,
Ancien procureur général, avocat à la Cour d'appel de Besançon.

§ IV.

DE L'ÉTAT DES FEMMES APRÈS LA SÉPARATION DES TERRITOIRES.

Les difficultés pouvant surgir au sujet des options, de leur validité, de leurs conséquences et du recouvrement de la nationalité perdue, se compliqueront de façon assez sérieuse lorsqu'il s'agira de femmes placées sous puissance maritale.

[1] Voir *Revue*, livraisons de mars et avril 1873.

Digitized by Google

Pour celles qui, n'étant pas mariées avant l'annexion, ne l'ont pas été pendant le temps réservé pour l'exercice de la faculté d'opter, elles ont eu à remplir mêmes obligations que les autres Alsaciens-Lorrains. Elles étaient, en tous points, soumises aux mêmes règles.

La position des veuves est absolument semblable si elles sont nées sur ce territoire, mais non si elles ont un autre lieu d'origine.

Il n'importerait que cette origine fût étrangère. L'assimilation résultant du mariage incorpore celle qui l'a contracté à une nation, sans l'attacher plus spécialement à telle ou telle province. Du jour où elle était devenue Française, l'homme qui lui en avait communiqué le titre aurait été sans pouvoir pour le lui retirer. A plus forte raison est-il conservé par elle pendant son veuvage, dégagé d'obligations auxquelles le défunt aurait, s'il eût vécu, été personnellement tenu de satisfaire.

Laissant à l'écart des distinctions qui auraient entretenu, dans les esprits hésitation ou incertitude, les publications officielles et les recommandations officieuses [1] avaient donné et répété ce prudent conseil : « Optez toujours, lors même que l'option pourrait être superflue. » A de sages précautions succède aujourd'hui une étude approfondie des questions qui avaient d'abord été indiquées et non résolues.

En prévision de quelques-unes de celles qui intéresseraient les femmes mariées, la circulaire ministérielle du 30 mars 1872 s'était, peut-être à dessein, renfermée dans d'assez vagues généralités. On y lisait : « En principe et d'après les « articles 12 et 19 du Code civil, la femme suit la condition « de son mari. C'est une question controversée que celle de « savoir si le changement de nationalité du mari peut mo- « difier la nationalité que le mariage a conférée à la femme. « Aussi, pour éviter les difficultés qui pourraient se produire « ultérieurement, en matière de succession notamment, *la « femme mariée en Alsace-Lorraine*, qui voudra mettre sa na- « tionalité à l'abri de toute contestation, devra faire, avec « l'assistance de son mari, une déclaration d'option. »

[1] Publication de la Société de protection des Alsaciens et des Lorrains, 28 août 1872.

Digitized by Google

Dans ces laconiques instructions s'est glissée une phrase qu'il faut se bien garder de prendre à la lettre, car ce serait en fausser l'esprit. L'obligation d'opter n'incomberait pas à la femme par cela seul qu'elle se serait « mariée en Alsace-Lorraine », bien qu'aucun des deux contractants n'en fût originaire ou n'y eût été et n'y fût resté domicilié.

Une résidence continuée pendant six mois par l'un ou l'autre d'entre eux, ou le domicile que l'un d'eux y aurait eu sans y être né et aurait ensuite transporté ailleurs, suffirait pour attribuer compétence à l'officier public. Or, en pareils cas, le lieu de la célébration est sans influence sur la question de nationalité.

Sa solution dépendra bien plutôt de l'interprétation que recevra et des restrictions dont sera jugé susceptible l'adage d'après lequel « la femme suit la condition de son mari ».

En en déterminant le sens, les commentateurs des articles 12 et 19 du Code civil l'ont limité : « Ce n'est, en-« seignent-ils, qu'au moment même du mariage que la na-« tionalité du mari devient celle de la femme. Alors, en effet, « la femme consent à ce changement en même temps qu'au « mariage..., étrangère en épousant un Français ; Française « épousant un étranger. Il en est tout autrement ensuite, « et l'on ne saurait admettre que la seule volonté du mari « puisse la dépouiller de cette qualité essentiellement per-« sonnelle[1].»

Des doctrines différentes sont peut-être suivies dans l'Empire allemand. Nous n'avons ni à nous préoccuper de celles qui seraient professées dans ses Universités et auraient la sanction de ses corps judiciaires, ni à mettre en parallèle et à comparer les lois des deux États. Dans la pratique, lorsque la notoriété donnée aux annulations prononcées à l'étranger[2] suscitera aux familles de vives appréhensions et portera le trouble dans les intérêts privés, lorsqu'il faudra aviser pour sortir de ces embarras et régulariser des positions me-

[1] Demolombe, t. I, n° 175.

[2] D'après les relevés officiels, il y a eu dans le Haut-Rhin 91,962 options dont 75,260 ont été annulées, dans le Bas-Rhin 39,190 dont 27,483 annulées, en Lorraine 28,639 dont 6,900 annulées. Il y a eu, en outre, en France et dans d'autres pays, 378,777 options reconnues valables en grande majorité. (V. *Moniteur universel* du 4 avril 1873.)

Digitized by Google

nacées, lorsqu'au cours d'une instance engagée devant nos tribunaux, il leur sera soumis des conclusions motivées sur l'allégation de l'extranéité de l'une des parties, ils statueront d'après le droit français; l'administrateur et l'avocat s'en inspireront aussi; la jurisprudence qui l'a élucidé sera consultée; ses jurisconsultes en renom seront pris pour guides. Qu'ils soient aussi les nôtres pour apprécier la situation de la femme mariée dans les cinq principales éventualités qui sont à prévoir. Il se pourrait :

1° Qu'elle n'appartînt à l'Alsace-Lorraine ni par sa naissance ni par celle de son mari, et que néanmoins il y fût établi sans esprit de retour ou qu'il perdît la qualité de Français par l'effet de quelqu'agissement ou omission en impliquant l'abdication plus ou moins réfléchie;

2° Qu'étant née ailleurs elle eût, avant le démembrement, épousé un des habitants originaires des territoires détachés et que celui-ci fût devenu Allemand pour n'avoir pas rempli, à temps utile, les conditions du traité de Francfort;

3° Qu'ayant elle-même son origine dans le pays qu'il nous a ravi, elle eût précédemment contracté mariage avec un Français qui n'y était pas né;

4° Que les deux époux fussent indigènes des provinces aujourd'hui séparées;

5° Que la femme, privée de sa nationalité par quelque motif que ce fût, se mît en mesure de la recouvrer.

Examinons, sous des numéros distincts, chacune de ces cinq suppositions.

N° I. *Hypothèse où aucun des deux époux habitant l'Alsace-Lorraine n'y était né.*

Dans ce premier cas, le changement d'État du mari proviendrait seulement de faits qui lui auraient été personnels : tels seraient une acceptation de fonctions publiques, une incorporation dans l'armée allemande, un séjour prolongé avec des circonstances dénotant qu'il renonce à sa patrie.

Aura-t-il dépendu de lui de modifier ainsi la nationalité de sa femme? — M. le Garde des sceaux présente la question comme controversée. Elle l'a été en effet; mais, nonobstant

Digitized by Google

quelques hésitations[1] et des dissidences plus ou moins prononcées[2], un grand principe a prévalu. Il rehausse le prix de la nationalité d'origine et de celle que le mariage a conférée ou confirmée, en ne les abandonnant pas ensuite à la discrétion d'un chef de famille. L'autorité de celui-ci sur les personnes dont il a la direction ne va pas jusqu'à disposer de leur sort en ce qui touche un intérêt d'un ordre aussi élevé.

Voilà le dernier mot de la doctrine. Elle est conforme à la pensée qu'expriment les articles 12 et 19 du Code civil. De leur rapprochement ressort la présomption légale qu'en prenant mari la femme accepte aussi pour sienne la nation dont il fait partie au jour de la célébration. Son choix est libre, car le mariage est l'acte de la vie civile qui réclame de sa part l'assentiment le plus volontaire et le mieux constaté. Cette observation conduit à une déduction non moins sûre que MM. Aubry et Rau formulent ainsi : « Le changement « de nationalité se trouve exclusivement attaché au mariage, « *c'est-à-dire à un fait volontaire de la part de la femme*, et « dès lors il n'est pas permis de conclure des articles pré- « cités que la nationalité de la femme puisse, indépendam- « ment de son concours, être changée par le seul fait du « mari. »

Si une opinion s'apprécie par le nombre, l'expérience et le savoir de ses adhérents[3], celle-ci en compte dont la valeur scientifique est bien propre à entraîner les convictions.

[1] Mailher de Chassat, n° 193.

[2] Proud'hon, t. Ier, p. 452; Massé, *Droit commercial*, t. III, n° 48; Varambon, *Revue pratique*, 1859; Fœlix, *Droit international*, n° 40, et *Revue étrangère*, t. X, p. 446; Alauzet, n° 120.

[3] Locré, *Esprit du Code civil*, t. Ier, p. 358; Maleville, *Sur l'article* 19 *du Code civil;* Delvincourt, t. Ier, p. 188; Duranton, t. Ier, n° 189; Coin-Delisle, *Commentaire sur l'article* 19 *du Code civil*, p. 64, n° 2; Valette, *Sur Proud'hon, Des personnes*, p. 126, note D; Demolombe, t. Ier, n° 175; Marcadé, *Sur l'article* 19 *du Code civil;* Legat, *Code des étrangers*, p. 54, 402, 403; Richelot, t. Ier, n° 71; Demante, *Cours* 1er, 36 *bis;* Demangeat, *Sur Fœlix, Droit international*, 4e édit., p. 92, 93 et note; Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° Droit civil, n° 563; Foucard, *Droit administratif*, p. 193; Cubain, *Droit des femmes*, 1, p. 155; Soloman, p. 7 et 20; Mourlon, t. Ier, p. 100 et 101; Colmet Daage, *Revue du droit français*, t. III, p. 401; Blondeau, *Dissertation, Revue du droit français et étranger*, 1845, p. de 141 à 146.

Digitized by Google

La jurisprudence s'y est également ralliée[1]. Elle en a même étendu l'application à la femme qui, étrangère de naissance, était, *contrairement à son statut personnel*, devenue Française par l'effet de son mariage. Cette qualité lui a été maintenue, bien que celui dont elle avait alors suivi la condition, se fût fait ultérieurement naturaliser dans un autre pays[2].

Les circonstances varient; les espèces sont dissemblables, et cependant, envisagées dans leur ensemble, elles ont beaucoup d'analogie avec l'hypothèse où deux époux, qui n'étaient natifs ni de la Lorraine ni de l'Alsace, y seraient restés domiciliés.

La femme n'avait pas eu le choix de ce domicile. L'article 108 du Code civil ne lui eût pas permis d'en avoir un autre que celui du mari. Il ne lui eût pas même été loisible de prendre ailleurs une résidence temporaire. L'article 214 du même Code exclut, en termes énergiques, ce tempérament lorsqu il dispose : « La femme est obligée d'habiter avec le « mari et de le suivre partout où il juge à propos de rési- « der. » Ces prescriptions essentielles et morales, auxquelles elle obéit, ne doivent pas avoir pour résultat de l'arracher à sa patrie.

A cet égard aucun doute n'est possible si l'on se reporte au droit antérieur, aux intentions manifestées lors de l'élaboration de nos Codes et aux actes du gouvernement qui l'ont suivie.

L'ancien régime, si favorable au principe d'autorité, n'accordait pourtant pas au mari le droit de contraindre sa femme à le suivre à l'étranger. La même protection fut réclamée pour elle, avec insistance, au cours des travaux préparatoires du Conseil d'État. A la séance du 6 thermidor an IX, M. Portalis avait demandé « qu'il fût fait un article « additionnel pour conserver les droits civils à la femme « française qui suit son mari à l'étranger lorsqu'il s'expatrie. »

[1] Paris, 21 juillet 1818, D. A., 6-146; Douai, 3 août 1858, D. P., 58-2-218. Quelques auteurs invoquent dans le même sens des arrêts de la Cour de Poitiers du 7 janvier 1845 et de la Cour de cassation du 16 décembre suivant; mais ces derniers n'ont avec la question qu'un rapport indirect.

[2] Paris, 7 août 1840; Palais, 1840, 2-747. *Sic* Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° Droit civil, n° 157; Duvergier, *Sur Toullier*, t. Ier, n° 268, 4, note.

Digitized by Google

Un débat s'étant élevé à ce sujet, le premier consul en prit occasion pour signaler combien est grande « la différence « entre une Française qui épouse un étranger et une Fran- « çaise qui, ayant épousé un Français, suit son mari lorsqu'il « s'expatrie. » Devaient-elles être assimilées, la première ayant volontairement renoncé à ses droits civils et la seconde n'ayant fait que remplir son devoir? —.La solution d'abord ajournée a été remise en discussion le 5 vendémiaire an X. Il était alors question de l'article 214, et la rédaction proposée portait que « si le mari voulait quitter le sol de la Ré- « publique, il ne pourrait contraindre sa femme à le suivre, « si ce n'est dans le cas où il serait chargé par le gouverne- « ment d'une mission à l'étranger exigeant résidence. » Une distinction, qui déjà perçait dans les délibérations de l'année précédente, a motivé le retranchement de cet alinéa, M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely ayant fait observer « *que « sans doute le mari n'a pas le droit de faire de sa femme une « étrangère*, mais que cependant il ne doit pas être forcé de « s'en séparer lorsque ses affaires le conduisent hors du terri- « toire français. » Toute objection tombait devant cette judicieuse remarque. Elle est le meilleur commentaire de la loi.

On est fondé à en conclure que jamais l'extranéité ne résultera d'un *domicile obligatoire*. Elle ne sera donc pas infligée à l'épouse qui n'aurait légalement aucun moyen de s'y soustraire.

Telle était l'économie générale de notre législation à l'époque même où ayant accepté, dans toute sa rigueur, le système d'exclusion réciproque adopté par la plupart des États européens, elle se montrait plus dure encore envers le Français naturalisé à l'étranger sans autorisation. A l'abri de ces dispositions draconiennes, la femme de l'expatrié ne changeait pas comme lui de nationalité, bien qu'elle l'eût accompagné sur le territoire du souverain dont il devenait le sujet. Cette réserve du droit des femmes, s'induisant de l'article 9 du décret du 26 août 1811, a fourni, aux jurisconsultes qui se sont pénétrés de son esprit, un argument considérable. Ils posent en règle absolue « que la naturalisation du mari en pays « étranger ne prive pas la femme de la qualité de Française[1]. »

[1] Legat, p. 40, 54 et 55.

Digitized by Google

Il n'est à cela dérogé par aucun des actes politiques ou gouvernementaux concernant la douloureuse séparation de nos deux provinces. La chancellerie allemande ne prétendait pas assujettir à une option les Français qui y étaient établis sans y être nés; elle voulait seulement que ce domicile prît fin le 1er octobre 1872. Si sa continuation, après cette date, ne compromet même pas la nationalité du mari, celle de la femme est, à plus forte raison, hors d'atteintes[1]. Si, au contraire et nonobstant une démonstration qui nous a paru décisive, le premier est réputé appartenir à l'Allemagne qui le revendique[2], cette revendication serait dénuée de prétexte lorsqu'elle s'étendrait à une personne à laquelle il serait interdit d'avoir un domicile qui lui fût propre.

Son état de dépendance légale lui fermant tout recours, ses réclamations seraient vaines. Un fonctionnaire étranger en tiendrait-il compte?—Eût-elle cherché refuge en France, elle n'en serait pas moins, quoique absente, considérée comme habitant le territoire annexé aussi longtemps que son mari y serait fixé. C'est de droit strict, et il est la consécration d'une obligation naturelle.

N'exagérons donc pas l'importance de ce domicile commun. Revenons à une vérité qui repose sur l'indestructible faisceau des opinions les plus respectées. Elles se résument en ces termes : « Si le mariage une fois célébré, le mari « perd sa nationalité par suite de faits auxquels la femme n'a « point participé, cette même nationalité ne sera pas forcé- « ment perdue pour la femme[3]. »

De ces prémisses la conclusion sera que, même en habitant avec lui le pays allemand, cette femme exercera, avec

[1] Voir ci-dessus, § Ier.

[2] L'opinion, exprimée par M. le chargé d'affaires d'Allemagne le 1er septembre 1872 n'est pas restée à l'état de pure théorie. Le recensement, auquel le gouvernement impérial a procédé, n'a pas seulement abouti à une répartition qui classe les options en *valables, nulles* ou non *vérifiées*. Il a, en outre, servi de base à des distinctions ayant pour effet de déterminer quels sont les *Français d'origine* qui ont conservé leur nationalité par le simple transfert de leur domicile. Le relevé fait dans le département de la Haute-Alsace n'en ayant compté que 587, a implicitement assimilé tous les autres aux sujets allemands. (Voir au *Moniteur universel* du 27 février 1873 les résumés empruntés à l'*Industriel alsacien*.)

[3] Demangeat, *Sur Fœlix*, t. Ier, p. 92, note A.

Digitized by Google

son autorisation ou avec celle de la justice, tous les droits exclusivement, réservés à nos concitoyens. Elle jouira comme eux du privilége de juridiction résultant de l'article 14 du Code civil [1]. Devenue veuve, elle ne subira ni les exigences de l'article 19 ni les restrictions écrites en l'article 20 du même Code. On ne recouvre pas la qualité que l'on n'a pas perdue.

N° II. Quid *si une femme de l'intérieur de la France est mariée à un Alsacien-Lorrain?*

A s'en tenir à la simple équité, le même raisonnement aurait presque autant de force dans la bouche d'une femme qui, venue d'une autre partie de la France, aurait épousé un indigène d'Alsace ou de Lorraine. « Au moment, dirait-elle, « où je contractais cette union, rien ne me laissait pressen- « tir qu'elle mît ma nationalité en péril. Comment aurais-je « prévu une guerre désastreuse et ses funestes suites? »

Pour les lui faire subir et lui imposer contre son gré un aussi grave changement d'État, il faudrait qu'en dehors des règles ordinaires du droit civil, cette anomalie s'appuyât sur quelque raison péremptoire.

Parmi celles dont il convient de tenir compte, l'acte international, qui fait passer sol et populations sous une domination différente, doit principalement être consulté.

Traçant à larges traits les conditions dans lesquelles s'opèrent ces changements de souveraineté, et ne s'arrêtant pas aux détails secondaires, il n'a pas réglementé, par des dispositions expresses, la question qui nous occupe ici, mais il en aura facilité la solution en la faisant incliner en des sens opposés suivant qu'il aura admis ou exclu :

[1] Nonobstant l'opinion de M. Delvincourt et deux arrêts de la Cour de Paris des 28 février 1814 et 20 mars 1834 (ce dernier a été cassé), il est de doctrine et de jurisprudence constante qu'un Français peut user du bénéfice de l'article 14 du Code civil, bien qu'il soit, comme le défendeur, domicilié en pays étranger. *Sic* Demolombe, 1, n° 249; Duranton, 1, p. 150; Fœlix, n° 186; Coin-Delisle, *Sur l'article* 14, n° 13; Legat, p. 299; Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° Droit civil, n° 265; Bioche et Gouget, *Dictionnaire de procédure*, v° Étranger; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 313; Cassation, 26 janvier 1836; Dev. 36-1-217. (Voir aussi Cassation, 8 juillet 1840, D. P., 40-1-244.)

Digitized by Google

1° *La rétroactivité.* Car si la réunion ou la distraction d'une province est fictivement reportée à une époque antérieure, la femme qui, dans l'intervalle, se sera mariée avec un indigène de ce territoire, sera présumée l'avoir fait lorsqu'il était déjà sujet de l'État auquel son pays natal a été annexé;

2° *Le fractionnement de la famille.* En elle réside effectivement un principe de cohésion; quand il prédomine, il étend à la femme comme aux enfants mineurs *une nationalité collective.* S'il s'efface ou s'amoindrit, la transformation est *individuelle* en chacun d'eux, quel qu'ait été l'événement qui l'ait amenée.

A ce double point de vue, d'utiles rapprochements s'offrent à l'étude.

I. Rétroactivité. — Lorsque les habitants d'un pays sont formellement déclarés être *citoyens-nés* de l'État dont il devient partie intégrante, ou lorsqu'ils sont rendus à celui dont ils avaient été détachés par une guerre récente ou par des combinaisons politiques n'ayant pas encore reçu la consécration du temps, il en résulte une situation exceptionnelle. Elle s'impose rétroactivement aussi bien dans les rapports privés qu'en ce qui concerne la chose publique.

C'est dans cet ordre d'idées qu'il faut se placer pour ne pas s'exagérer la portée doctrinale de trois arrêts intervenus dans des espèces ayant avec notre hypothèse une apparente similitude.

Il s'agissait d'unions contractées par des Françaises avec des Belges ou des Italiens à une époque où le lieu de naissance des uns et des autres se trouvait compris dans nos frontières agrandies.

Faisant abstraction de cette réunion de courte durée et la supposant anéantie par la rétrocession de 1814, la Cour de Paris avait accueilli un déclinatoire qui impliquait l'extranéité des deux époux [1]. Le pourvoi formé contre sa décision a été rejeté, le 14 avril 1818, par les motifs suivants : « Attendu que, dans l'espèce, Vanherke *n'a été momentanément Français que par suite du droit de conquête et qu'il a cessé de l'être par la séparation du pays de Liége de la France,*

[1] Arrêt du 15 juillet 1816, D. P., 17, p. 29 suppl.

Digitized by Google

« n'ayant jamais fait la déclaration prescrite par la loi du « 14 octobre 1814; — Attendu que, *suivant l'article* 19 *du Code « civil, la femme française qui épouse un étranger suit la con- « dition de son mari* et ne peut recouvrer la qualité de Fran- « çaise qu'après qu'elle est devenue veuve et en se conformant « à ce qui est prescrit par le même article; — Attendu que *la « femme* VANHERKE, EN ÉPOUSANT UN ÉTRANGER, EST DEVENUE « ÉTRANGÈRE ELLE-MÊME [1]... » Ce dernier considérant est significatif en ce qu'il répute *étranger au jour du mariage, célébré en* 1806 (à Dole, département du Jura), un Liégeois dont le pays était alors incorporé à l'Empire français.

La Cour de Metz s'est prononcée dans le même sens le 25 avril 1825 [2]. Celle de Paris l'a fait également le 24 août 1844 [3], mais par des motifs qui ont rencontré de vives et trop justes contradictions.

Les critiques n'ont pas été épargnées à ces trois arrêts et surtout au dernier [4]. Sans en discuter le mérite, bornons-nous à faire remarquer en quoi la situation à laquelle ils se rapportaient diffère de la nôtre.

Les remaniements territoriaux, effectués par le traité du 30 mai 1814, l'avaient été avec un effet rétroactif. Cette intention s'était révélée en l'article 2 où il était dit : « Le « royaume de France *conserve* l'intégrité de ses limites telles « qu'elles existaient à l'époque du 1er janvier 1792. » Tout en lui concédant certaines « augmentations de territoire, » les dispositions subséquentes [5] rappelaient, avec une insistance réfléchie, et constataient, non sans affectation, *que les anciennes frontières étaient rétablies*. Ce qui s'est alors passé suggère, à des jurisconsultes d'une grande autorité, cette appréciation fort exacte : « Les provinces démembrées (en « 1814) ont, en raison de leur séparation, été considérées « comme n'ayant jamais appartenu à la France [6]. » « On a

[1] D. P., 19-1-103.

[2] Sirey, 27-2-192.

[3] Devil., 1844-2-568.

[4] Demolombe, 1, n° 175; Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° DROIT CIVIL, n°s 563 et 599.

[5] Traité du 30 mai 1814, articles 3, 8, 10, 13. Une annexe portant la même date déclarait les traités intermédiaires *annulés de fait*.

[6] Aubry et Rau, *Sur Zachariæ*, § 72, note 27.

Digitized by Google

« tenu pour non avenu, est-il dit ailleurs, le fait de la réu-
« nion de manière à en effacer toutes les conséquences [1].

Quelque étrange que la chose parût et quel qu'ait été le mobile des puissances ayant concouru à ce traité, elles s'étaient autorisées d'un intérêt dominant et avaient proclamé la résolution *de mettre fin aux longues agitations et aux malheurs des peuples* [2]. Après vingt-deux ans d'hostilités presque continuelles, l'Europe, longtemps vaincue, s'était coalisée. Elle imposait sa loi. Elle considérait comme restitution les conquêtes que lui abandonnait la France épuisée d'une lutte glorieuse, mais inégale. Elle les récupérait *quasi jure quodam postliminii*.

C'était sans doute une pure fiction. Elle était tempérée par le droit réservé « aux naturels et étrangers » de choisir la patrie qui leur conviendrait, et ces ménagements, garantis pour six années, en ont duré vingt-neuf. Les positions définitivement acquises étaient respectées; elles subsistaient, bien qu'elles aient eu pour cause une incorporation postérieure au 1er janvier 1792. Ainsi le titre de Française n'était pas retiré à l'étrangère de naissance, à qui il aurait été dévolu par l'effet de son mariage avec l'un des originaires des pays successivement annexés et démembrés [3].

Les embarras commençaient et il y avait plus d'incertitude quand un mari, se prévalant du retour au passé, en réclamait l'application qui, dans l'affaire Vanherke et dans les deux autres, a effectivement reçu la sanction judiciaire.

Elle s'expliquait par la situation faite aux sujets des différents États qui, après les vicissitudes de cette période tourmentée, retournaient à leurs anciens maîtres. Ils étaient présumés n'avoir pas cessé de leur appartenir dans l'intervalle et, le fait réel se trouvant ainsi en désaccord avec la fiction diplomatique, cette dernière l'emportait.

Elle a été poussée à ses plus extrêmes conséquences, et elles ont été rigoureuses, pour la femme qui ne les avait ni acceptées, ni pressenties, dans les trois espèces où elles ont déterminé, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la solution d'une

[1] Demangeat, *Sur Fœlix*, 1, n° 75.
[2] Préambule du traité du 30 mai 1814.
[3] Paris, 11 décembre 1847, D. P., 48-2-49.

Digitized by Google

question de juridiction. Néanmoins ce résultat n'était pas absolument illogique.

Ces précédents pourraient-ils être aujourd'hui opposés à la femme d'un Lorrain ou d'un Alsacien?

Non! — Ce serait leur donner une extension qu'ils ne comportent pas. L'analogie observée, à plusieurs égards, entre le traité de 1814 et celui de 1871, disparaît complétement ici. Aucune argutie ne ferait remonter à des temps antérieurs une extranéité de fraîche date. Aucune subtilité ne parviendrait à justifier nos derniers et trop cruels sacrifices par l'application d'un droit ressemblant au *jus postliminii.*

Comment eût-il été invoqué par la Prusse pour s'approprier Strasbourg, Mulhouse, d'autres contrées dont l'annexion nous avait été jadis non moins librement consentie; Metz, notre boulevard depuis bientôt trois siècles, et le pays lorrain uni au nôtre par de si sympathiques attaches? En faisant prévaloir ces exigences ou en y adhérant, les plénipotentiaires de Francfort ne les ont pas colorées de ce faux prétexte. Il eût été un mensonge historique et il n'a aucunement pesé sur leurs délibérations.

Ils ont crée un état de choses nouveau. Cette pensée ressort de leur correspondance lorsqu'elle interprète les conventions des 10 mai et 11 décembre 1871. Loin de laisser percer l'intention de les faire rétroagir, elle écarte ce qui aurait paru lier le présent au passé. Pour déterminer à quelle patrie appartiendront les habitants des provinces cédées, on ne prendra pas cette fois pour *criterium* la filiation, mais seulement le lieu de naissance.

II. Le Fractionnement de la famille n'est plus dès lors un accident. S'il n'est pas érigé en règle, il devient du moins le fait presque habituel.

A ce point de vue encore se laisse apercevoir une différence assez sensible entre les deux époques comme entre les deux traités, dont la comparaison fait d'autant mieux ressortir l'esprit.

La transmission héréditaire, qui avait été l'élément de décision essentiel et déterminant, lorsqu'il en était argumenté pour communiquer aux enfants du ci-devant Français l'extranéité imprimée à leur père par la rétrocession de

Digitized by Google

1814[1], devient, en dernier lieu, chose tout à fait indifférente. Pourquoi le sort du mari aurait-il plus d'influence sur celui de la femme? — Ces questions se touchent. Elles ont entre elles une incontestable affinité.

Pour les résoudre, nous n'avons pas de texte précis, mais des considérations générales qui ne sont peut-être pas sans quelque valeur.

Une nationalité provenant du lieu où l'on est né, et non des parents dont on est issu, n'a plus son principe dans la famille. Elle perd son caractère traditionnel; elle s'*individualise*, si l'on peut s'exprimer ainsi. L'exposé des motifs du gouvernement l'a entendu de la sorte quand présentant à l'Assemblée, pour être convertie en loi, l'importante annexe du 11 décembre, commentée par les communications postérieurement échangées, il a rappelé qu'il s'agissait « d'étendre, « en faveur de nos compatriotes des départements que nous « perdions, les facilités destinées *à garantir leur droit indivi-* « *duel de choisir leur nationalité future.* »

Droit individuel! voilà quelle est effectivement la règle commune.

Quand elle fléchit devant la puissance paternelle ou devant l'autorité maritale, la part qui leur est faite répond à la pensée de cohésion et d'unité dont le système actuel semble être la négation.

Le lien commun étant relâché, il n'y a plus qu'à revenir à l'initiative personnelle.

Ce sera donc isolément que devront être appréciées les conditions à défaut desquelles nos anciens compatriotes auront cessé de l'être. Une obligation individuelle incombe à chacun. Quiconque n'y est pas astreint n'a pas à subir les conséquences de l'inaction d'autrui.

Cette équitable et salutaire irresponsabilité serait amoindrie par des distinctions qui auraient égard à la diversité des mobiles ayant occasionné les abstentions.

Quelques-uns se sont cru dispensé d'opter, parce qu'ils habitaient un département resté français. — Que ce fût de

[1] Cassation, 18 juillet 1834, 9 juillet 1844 (D. P., 34-1-305; 44-1-307), 7 mai 1849 (Dev. 49-1-580); Lyon, 2 août 1827; Douai, 16 novembre 1829 (D. P. 28-2-56; 30-3-119); ordonnance du Conseil d'État, 11 février 1842, Dev. 42-2-550.

Digitized by Google

leur part erreur ou négligence, leurs femmes n'auraient pas eu à se la reprocher. Elles n'avaient à prendre aucune initiative et demeuraient dans une parfaite quiétude qu'autorisaient le texte des traités, les explications fournies à l'Assemblée nationale, les instructions ministérielles, les documents diplomatiques dont elles s'étayaient.

Une nombreuse catégorie comprend les optants dont la mutation de domicile est contestée ou arguée d'insuffisance. Une pareille appréciation n'est-elle pas délicate et hasardeuse? Le gouvernement impérial le comprend si bien qu'après avoir, dans son omnipotence, annulé ce qui lui paraissait irrégulier, il a, par décret du 24 janvier dernier, fait aux indigènes non émigrés une position mixte ainsi caractérisée : « Les Alsaciens-Lorrains qui ont opté pour la nationalité « française, ne sont ni électeurs ni éligibles, tant qu'ils « n'auront pas retiré leur option, bien qu'elle ait été déclarée « nulle et non avenue. » Voilà une naturalisation fort imparfaite. Réagira-t-elle donc sur l'état d'une Française demeurée telle sans condition?

Quand à l'Alsacien-Lorrain qui n'a ni opté ni émigré, il s'est rendu sujet de l'Empire germanique; mais, pour que sa volonté enchaînât celle d'une femme ayant ferme résolution de ne pas changer de patrie, il faudrait que cette dérogation au droit commun fût écrite quelque part, ou résultât d'une entente présumée entre les gouvernements signataires de la paix.

Loin de faire allusion à de semblables accords, la circulaire de M. le garde des sceaux place dans les articles 12 et 19 du Code civil le siége de la difficulté et en même temps sa solution. Celle donnée par l'immense majorité des auteurs et des arrêts s'étend donc à l'hypothèse ici traitée.

A la femme française est maintenue cette qualité *avec tous les avantages qui lui sont inhérents.* Il n'y a pas à s'enquérir si son mari a perdu la sienne ni s'il est originaire des territoires détachés. ROBINET DE CLÉRY.

(*La suite à une autre livraison.*)

Digitized by Google

DE L'ACTION DIRECTE ACCORDÉE AUX OUVRIERS PAR L'ARTICLE 1798 DU CODE CIVIL.

Par M. Paul Trencart,
Docteur en droit, substitut du procureur de la République à Péronne.

Quel est l'effet juridique de l'article 1798?

Cette question, qui divise profondément la jurisprudence, n'a pas encore été suffisamment étudiée pour faire disparaître les malentendus, seule cause de la divergence des opinions qui se sont manifestées sur l'interprétation de ce point de droit. C'est pour n'avoir pas clairement établi quelle est la nature de l'action directe accordée, par cet article, aux ouvriers qui ont travaillé à un édifice, sous les ordres d'un entrepreneur, contre le propriétaire pour le compte duquel les travaux ont été exécutés, qu'on a, dans un premier système, confondu ce bénéfice de la loi avec un privilége; tandis qu'on a prétendu, dans un deuxième système, que le seul avantage que les ouvriers dont il s'agit doivent retirer de cet article consiste en ce qu'ils peuvent actionner directement le propriétaire, bien qu'ils n'aient avec lui aucune relation de droit, mais sans qu'ils puissent se prévaloir d'aucun titre de préférence; de telle sorte que dans le cas où ils viennent en concours avec les créanciers ordinaires de l'entrepreneur sur le prix dû par le propriétaire, à raison des travaux qu'ils ont exécutés, ceux-ci doivent en partager avec eux le montant au marc le franc. Dans un troisième système, on soutient que le bénéfice de l'article 1798 n'est pas un privilége, mais qu'il produit un effet identique en rendant le propriétaire débiteur personnel des ouvriers, et en assurant à ces derniers le payement intégral de cette créance. Cette dernière opinion est, à notre sens, la seule qui tienne un compte exact des principes qui servent de fondement à l'article 1798, et qui donne une explication suffisamment juridique des effets de cette action directe, dont la théorie forme à elle seule un tout distinct, sans assimilation et sans analogie avec aucune autre, même celle des priviléges. Quant aux deux autres, elles reposent, la première sur une erreur de droit, la seconde sur une confusion entre les effets de l'article 1166 et ceux de l'article 1798.

Digitized by Google

I

Il nous semble tout d'abord impossible d'admettre que l'article 1798 crée un privilége au profit des ouvriers, car rien dans son texte n'autorise une pareille prétention. Le législateur s'y occupe, accessoirement pour ainsi dire, d'une action directe qui existerait au profit des maçons, charpentiers et autres ouvriers qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise, et décide que cette action ne leur sera accordée que jusqu'à concurrence de ce dont le propriétaire, sur le fonds duquel ils ont travaillé, se trouvera débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action sera intentée; mais il ne dit pas que cette action directe sera privilégiée.

On comprend facilement qu'on puisse au premier abord se figurer qu'une certaine analogie existe entre les considérations qui ont servi de base au privilége établi dans l'article 2103, 4°, au profit des *architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers employés pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments*, etc., et celles qui ont motivé dans l'article 1798 la création d'une action directe au profit des *maçons, charpentiers et autres ouvriers employés à la construction d'un bâtiment ou autres ouvrages faits à l'entreprise*. C'est toujours, dit-on, l'idée de gestion d'affaires : le propriétaire est devenu plus riche par le fait de ces ouvriers, il est juste qu'ils soient payés sur la valeur qu'ils ont créée (2103, 4°); il est équitable qu'au cas où l'entrepreneur ferait de mauvaises affaires, ils puissent se faire payer, de préférence à ses autres créanciers, sur la créance qu'ils ont mise dans son patrimoine, sur les sommes dues par le propriétaire dont ils ont fait l'affaire, au profit duquel ils ont directement créé une augmentation de patrimoine (1798). Mais quand même, cette théorie que nous discuterons ultérieurement serait exacte, les priviléges s'étendent-ils par analogie? Dans le silence de la loi, peut-on assimiler les espèces prévues dans l'article 1798 et dans l'article 2103, 4°? Non, car les priviléges sont par essence *strictissimi juris*, et il faut, pour établir un privilége, une décision spéciale et formelle du législateur. D'ailleurs, dans notre cas, l'extension antijuridique qu'on ferait subir à l'article 2103, 4° dépasserait toute vraisem-

Digitized by Google

blance, car dans l'hypothèse prévue dans cet article, il s'agit d'une créance qu'on fait valoir pour ainsi dire contre l'édifice bâti lui-même, et non pas d'une action personnelle contre le propriétaire, et le législateur entoure l'exercice du privilége de précautions dont l'article 1798 ne dit pas un mot, et qui, par la nature même des menus travaux dont ils seront chargés, ne peuvent être remplies par les ouvriers dont il s'agit, même les plus prévoyants. Donc pas de privilége, et nous n'aurions pas autant insisté sur ce point, si la Cour de cassation, dans un arrêt du 11 novembre 1867 (Sirey, 1867, 1, 429) n'avait décidé « que l'article 1798, en donnant une action « directe à l'ouvrier pour le payement de ses salaires, contre « le propriétaire du bâtiment à la construction duquel il a « concouru, a créé au profit de cet ouvrier un *privilége* qui « se comprend et se justifie par l'intérêt qui s'attache à une « pareille créance; mais que comme disposition exceptionnelle, ce *privilége* doit être restreint au cas spécial pour « lequel il a été créé. » Peut-être cet arrêt doit-il être interprété à son tour, ce qui est toujours fâcheux, pour une décision judiciaire, et doit-on comprendre que ses rédacteurs ont employé une expression amphibologique, ne prenant pas ce mot *privilége* dans son sens juridique fixé par l'article 1095 du Code civil, c'est-à-dire comme « un droit que « la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré « aux autres créanciers même hypothécaires, » mais s'en servant, comme dans le langage usuel, pour exprimer l'idée d'une faveur spéciale, d'un avantage exclusif établi au profit des ouvriers, et qui ne relève en rien des dispositions du chapitre II du titre XVIII du Code civil. Cette interprétation de l'arrêt laisse alors tout entière la question que nous posions en commençant. Quoi qu'il en soit, il nous paraît suffisamment démontré que l'action directe de l'article 1798 n'est pas privilégiée.

II

Mais est-il juste de décider que les ouvriers, en cas de faillite de l'entrepreneur, viendront au marc le franc avec les autres créanciers sur les sommes dues par le propriétaire pour les travaux qu'ils auront au moins effectués en partie? Non, car, en dehors des considérations d'équité basées sur

Digitized by Google

l'idée de gestion d'affaires dont nous avons parlé plus haut, il y a une raison de droit certaine : en effet, admettre que les ouvriers qui exercent contre le propriétaire leur action directe viendront au marc le franc sur les sommes dont celui-ci est redevable à l'entrepreneur avec les créanciers de ce dernier qui font valoir les droits de leur débiteur en vertu de l'article 1166, n'est-ce pas décider que l'article 1798 est sans utilité pour les ouvriers, puisque eux aussi pouvaient se servir du bénifice que leur accorde l'article 1166, et que l'un et l'autre donnent un avantage identique? Or, cela est inadmissible, et il faut bien conclure qu'il y a quelque chose de plus dans l'article 1798 que dans l'article 1166, que l'action directe qu'il établit doit avoir quelque utilité autre que de permettre aux ouvriers de pouvoir poursuivre directement le propriétaire, question de procédure sans intérêt, s'ils devaient obtenir identiquement le même résultat en le poursuivant au nom de l'entrepreneur. La Cour de Paris, dans un arrêt du 12 avril 1866 (Sirey, 1866, 2, 252), adoptant purement et simplement les motifs d'un jugement du tribunal de la Seine du 12 janvier 1864, a cependant décidé :

« Que l'article 1798 ne confère aucun privilége, qu'il reconnaît seulement aux ouvriers qui ont travaillé pour le compte « d'un entrepreneur le droit d'agir directement et de leur « chef contre celui pour lequel les ouvrages ont été faits, « jusqu'à concurrence de la somme restant due, par voie de « saisie-arrêt ou autrement ;

« Que les ouvriers ne peuvent s'en prévaloir dans une contribution ouverte sur le prix des travaux, laquelle se poursuit, non contre celui pour lequel les ouvrages ont été faits, « mais contre l'entrepreneur, qui est le débiteur commun. »

Mais alors quelle est l'utilité de l'article 1798, si par une saisie-arrêt les ouvriers peuvent obtenir un avantage équivalent? Pouvoir poursuivre directement le propriétaire, à la condition que celui-ci n'aura pas déjà entre les mains des saisies-arrêt, est-ce là l'effet de cette protection que le législateur accorde aux ouvriers? Ce serait dérisoire, car il faut, pour l'exercice de l'action de l'article 1798, supposer l'entrepreneur dans de mauvaises affaires. Si elles sont prospères, les ouvriers seront intégralement payés sans difficulté, et alors l'intervention du législateur en leur faveur était inutile,

Digitized by Google

s'il y a faillite ou simple difficulté dans les payements, c'est précisément le concours avec les créanciers ordinaires qui, dans ce cas, réduisant pour les ouvriers les chances de payement intégral, a provoqué en leur faveur des mesures de protection. Et dans cette hypothèse, on n'admettrait les ouvriers que s'ils ont été les plus diligents, s'ils ont les premiers saisi le propriétaire de leur demande, soit par voie de saisie-arrêt ou autrement; de telle sorte que pour eux le bénéfice de l'article 1798 serait le prix de la course! Cela est impossible, et il faut décider que la saisie-arrêt, l'ouverture même d'une contribution[1] ne doivent pas faire obstacle à l'action directe des ouvriers.

III

La Cour de Besançon, dans un arrêt du 16 juin 1863 (Sirey, 1863, 2, 208), a adopté un système différent de ceux que nous venons d'examiner. Suivant elle, « l'action établie « par l'article 1798 ne saurait être confondue dans son prin- « cipe avec un privilége; elle a pour effet de substituer celui « qui en a eu le bénéfice à l'entrepreneur, de dessaisir ce « dernier et d'empêcher toute cession qu'il ferait ultérieure- « ment de ses droits. » Et comme dans l'espèce il s'agit de la faillite d'un entrepreneur, elle décide que les ouvriers ne sont pas tenus de passer par la faillite, d'y produire, et qu'ils doivent recevoir l'intégralité du montant de leurs créances sur les sommes dont le propriétaire est encore redevable à la faillite; c'est là la seule explication juridique de l'article 1798.

En effet, en vertu de l'article 1798, les ouvriers se présentent en leur propre nom, et comme créanciers personnels du propriétaire. Celui-ci ne pouvant pas être tenu de payer deux fois, se trouve libéré à l'égard de l'entrepreneur précisément du montant des sommes dont il devient le débiteur des ouvriers. De telle sorte que sa dette originaire se trouve,

[1] La consignation ne dessaisit pas le débiteur de la propriété de la chose consignée, tant qu'elle n'a pas été acceptée par le créancier; s'il y a contribution, la propriété des sommes appartient au débiteur jusqu'au moment de l'attribution judiciaire qui en est faite par voie de collocation du juge. Par conséquent, le dépôt et l'ouverture même de la contribution ne peuvent apporter aucun changement à l'état de droit créé par les saisies-arrêt.

Digitized by Google

par le fait même de la poursuite des ouvriers, divisée en deux dettes bien distinctes : 1° celle des sommes qu'il doit aux ouvriers; 2° celle du reste de la somme qu'il devait à l'entrepreneur, soustraction faite de celle dont il est devenu débiteur des ouvriers. Il suit de là que sur la première, l'entrepreneur n'ayant plus aucun droit, ses créanciers ordinaire ne pourront se présenter en son nom pour venir en concours avec les ouvriers, et qu'ils seront réduits à se payer sur la seconde, sur laquelle ils viendront au marc le franc. s'il y a lieu. Quant aux ouvriers, comme la première dette du propriétaire se composera exactement du total intégral des sommes qui leur sont dues, et qu'ils ont réclamées, ils n'éprouvent lors du payement aucune diminution. Le résultat sera par conséquent le même que s'il y avait privilége, mais en raisonnant de cette manière, on aura sauvegardé le principe, et fait une rigoureuse application des termes mêmes de la loi.

On explique aisément ainsi pourquoi ni des saisies-arrêt faites entre les mains du propriétaire par les créanciers ordinaires de l'entrepreneur antérieurement à l'acte par lequel les ouvriers lui font connaître leur résolution de s'adresser directement à lui, ni même l'ouverture d'une contribution n'empêchent ces derniers de toucher le montant intégral de ce qui leur est dû. En quoi peuvent en effet nuire à l'exercice de leur action directe les actes conservatoires faits par les créanciers de l'entrepreneur, les actes de procédure par lesquels ils provoquent la distribution judiciaire des sommes dues à leur débiteur? Toute la question consiste à savoir si le propriétaire est encore le débiteur de l'entrepreneur, car, aux termes mêmes de l'article 1798, les ouvriers ont contre lui une action « jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve « débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action « est intentée. » Une saisie-arrêt ne le libère pas, et sur ce point pas de difficultés; il reste débiteur, et le droit des ouvriers est entier. Mais si en présence des saisies-arrêt, et pour assurer la validité du payement qu'il désire faire, il consigne les fonds et provoque l'ouverture d'une contribution, les ouvriers devront-ils être colloqués pour le montant intégral de leurs productions? Cela revient, comme nous venons de le voir, à cette question : A quel moment de la procédure le déposant cesse-t-il d'être propriétaire des

Digitized by Google

sommes consignées? En effet, tant qu'il est propriétaire, il reste débiteur de l'entrepreneur, car c'est son dessaisissement seul qui opérera sa libération. Or, dans notre espèce, il restera propriétaire jusqu'à l'attribution faite par le juge; jusque-là il peut retirer les fonds consignés[1] et faire la distribution à ses risques et périls; jusque-là, par conséquent, les ouvriers auront le droit de faire valoir leurs créances.

Mais, dira-t-on, la contribution se poursuit contre l'entrepreneur, et dès lors les ouvriers ne sont plus recevables à invoquer le bénéfice de l'article 1798; (V. Paris, 2 avril 1866. Sirey, 1866, 2, 252). Tous les créanciers de l'entrepreneur, ouvriers ou autres, doivent venir au même titre. Ce raisonnement n'est pas exact, car la contribution ne se poursuit pas en réalité contre l'entrepreneur qui y demeure en fait étranger. Il n'y a là qu'une application du principe posé dans l'article 1166, et si les créanciers poursuivent cette procédure contre quelqu'un, c'est plutôt contre le propriétaire; c'est contre lui qu'ils font valoir les droits de leur débiteur. En déposant les sommes dont il est redevable, celui-ci ne fait que se garantir, par l'emploi des formalités judiciaires, contre les recours que pourraient exercer des créanciers mécontents. Le devoir du juge est alors de faire, pour ainsi dire au nom du déposant, ce que celui-ci aurait dû faire, et comme en vertu de l'article 1798, il aurait dû payer intégralement les ouvriers, le juge colloquera ces derniers pour le montant de leurs productions.

En résumé, l'article 1798 accorde aux ouvriers une action directe contre le propriétaire; cette action n'est pas privilégiée, cependant elle a pour effet de donner à leurs créances un droit de préférence.

Ici se présente une autre question, sur laquelle la jurisprudence est loin d'être fixée. A quels ouvriers l'article 1798 accorde-t-il une action directe contre le propriétaire? Son texte répond : « Aux maçons, charpentiers et autres ouvriers « qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou « d'autres ouvrages faits à l'entreprise. » Cela est un peu vague, car parmi les ouvriers qui peuvent être ainsi employés, il y en a de catégories bien différentes, depuis le sous-entre-

[1] Voir page 415, note.

Digitized by Google

preneur qui se charge d'exécuter à forfait une partie quelconque des travaux, jusqu'au manœuvre qui ne fournit absolument que son travail manuel. Aussi les nombreux arrêts intervenus sur ce point ont-ils donné les solutions les plus diverses ; les uns prétendent que le travail manuel seul peut constituer un titre au bénéfice de l'article 1798, qu'on ne peut l'accorder qu'aux ouvriers qui sont créanciers pour prix de main-d'œuvre, et jusqu'à concurrence seulement de la valeur de cette main-d'œuvre. D'autres admettent les ouvriers qui ont travaillé manuellement à l'édifice, non-seulement pour le prix de cette main-d'œuvre, mais encore pour le prix de fournitures par eux faites, et sur lesquelles a porté leur travail, pourvu surtout que la fourniture ne soit que l'accessoire du travail. D'autres admettent même ceux qui sont restés étrangers à tout travail manuel, par exemple les sous-entrepreneurs, les chefs d'atelier qui ont des ouvriers sous leurs ordres, mais aucun n'accorde cette faveur au simple fournisseur de matériaux.

Pour connaître quelle est la meilleure de ces décisions, il faut commencer par rechercher quel est l'esprit de la loi, quel but s'est proposé le législateur dans l'article 1798. A-t-il été inspiré par un principe d'équité, qui veut que nul ne s'enrichisse aux dépens d'autrui (Montpellier, 22 août 1850-24 décembre 1862) ; ou bien faut-il à ce principe ajouter l'idée de quasi contrat de gestion d'affaires (Besançon, 16 juin 1863 ; Sirey, 1863, 2, 206)? Est-ce par cette considération que les ouvriers ont donné plus de valeur à la maison qu'ils ont construite, agrandie ou réparée (Dijon, 21 mars 1865 ; Sirey, 1867, 1, 429), ou bien par une raison d'humanité envers toute une classe intéressante d'individus vivant uniquement du produit de leur travail, qu'il a voulu protéger contre les incertitudes et les dangers des spéculations de l'entrepreneur?

Il faut, à mon sens, décider tout d'abord que le bénéfice de l'article 1798 n'a nullement pour but d'empêcher le propriétaire de s'enrichir aux dépens des ouvriers. Qu'il leur paye ce qu'il doit à l'entrepreneur, ou qu'il le paye aux autres créanciers, cela est sans intérêt pour lui ; il ne s'enrichirait guère dans un cas comme dans l'autre qu'à la façon du proverbe : « Qui paye ses dettes s'enrichit. » Dira-t-on que ce

Digitized by Google

sont les autres créanciers qui s'enrichiraient aux dépens des ouvriers? Pas davantage, car ils se trouvent dans une situation bien digne aussi d'intérêt. Loin qu'ils cherchent à faire un gain quelconque : *certant de damno vitando*, et non *de lucro captando*, et leur sort mérite une faveur égale à celle dont jouissent les ouvriers.

La circonstance qu'ils ont donné plus de valeur à la maison construite, agrandie ou réparée, ne me paraît pas non plus avoir été déterminante pour le législateur. En effet, elle peut avoir une grande importance quand il s'agit d'un privilége à faire valoir pour ainsi dire contre la maison elle-même, qui devient personnellement débitrice de la plus-value qui lui a été donnée. Alors sur sa valeur, sur le prix qu'elle produit, on paye d'abord les auteurs de cette plus-value. Rien de plus juste, mais dans notre espèce l'action est donnée contre le propriétaire personnellement, ce ne peut être à cause de la plus-value donnée à une maison déterminée, qu'il peut même avoir aliénée au moment où les ouvriers exercent leur action; ce serait tout au plus à raison de l'augmentation de son patrimoine et parce que les ouvriers auraient fait son affaire. Mais est-ce bien là encore le fondement de l'action directe de l'article 1798? Cela est peu probable, car les fournisseurs qui ont apporté leurs matériaux à la construction en sont formellement exclus par le texte même de l'article qui ne parle que des maçons, charpentiers et autres ouvriers... Et cependant ils ont aussi augmenté son patrimoine. Il faut donc décider que c'est avant tout, et pour ainsi dire exclusivement dans un intérêt d'humanité, que l'article 1798 a été rédigé.

L'intérêt pratique de la recherche que nous venons de faire consiste à pouvoir déterminer sûrement jusqu'où on pourra étendre le bénéfice de notre article. Il eût fallu se montrer très-large si d'autres considérations que celles d'humanité avaient dirigé le législateur. Notre raisonnement nous conduit au contraire à être très-réservés et à n'admettre au bénéfice de l'article 1798 que les ouvriers, proprement dits, qui vivent d'un travail manuel. Peut-être devra-t-on aussi leur accorder l'action directe pour les fournitures qu'ils auraient faites; mais il ne faudra pas que la fourniture soit le principal et le travail manuel l'accessoire; car alors on

Digitized by Google

aurait affaire à des fournisseurs plutôt qu'à des ouvriers, et généralement il s'agirait de commerçants dont la situation est au-dessus de celles qui ont provoqué l'intérêt du législateur. Mais quant aux entrepreneurs, quant aux chefs d'atelier qui spéculent sur le travail des ouvriers qui sont sous leurs ordres, quant à tous ceux enfin qui ne tiendraient leur droit que de l'idée de gestion d'affaires, ils devront être maintenus dans la loi commune[1]. C'est là la jurisprudence que la Cour de cassation semble avoir adoptée, résistant ainsi à la tendance des Cours d'appel, qui a été jusqu'ici d'admettre au bénéfice de l'article 1798 les mêmes personnes auxquelles l'article 2103-4° accorde un privilége. Comme nous l'avons montré, il n'y a aucune espèce d'analogie entre ces deux articles, et c'est précisément à la confusion qu'on a trop souvent faite entre ces deux dispositions de la loi, soit quant à leur origine, soit quant à leurs effets, qu'il faut attribuer l'état d'indécision dans lequel se trouve encore aujourd'hui la jurisprudence en ce qui les concerne. Il est donc indispensable de bien fixer les principes et d'établir solidement la doctrine; c'est là le seul moyen de préparer pour l'avenir l'unité si désirable des arrêts des Cours d'appel et de ceux de la Cour de cassation. PAUL TRENCART.

CARACTÈRES DE LA TIERCE OPPOSITION.

Par M. E. NAQUET,
Professeur agrégé à la Faculté de droit d'Aix.

(*Suite et fin*[2].)

§ 2.

RÉFUTATION DES DIVERS AUTRES SYSTÈMES QUI ONT ÉTÉ PRÉSENTÉS.

On peut signaler, abstraction faite de la doctrine que nous avons développé, et d'après laquelle la tierce opposition est une voie de recours obligatoire, trois systèmes différents, dont l'un prête à de nombreuses sous-distinctions.

[1] Conf. Cass., 1er février 1866; Cass. civ., 11 novembre 1867.— *Contra :* Montpellier, 22 août 1850; *id.*, 24 décembre 1852; Besançon, 16 juin 1863; Dijon, 21 mai 1865.

[2] Voir *Revue*, livraison de mai 1873.

Digitized by Google

Dans un premier système, on décide que les tiers peuvent écarter l'autorité d'un jugement auquel ils n'ont pas été partie, en se retranchant derrière le principe « *res inter alios judicata aliis præjudicare non potest* ». Ils ont d'ailleurs, s'ils le préfèrent, le droit de former la tierce opposition. Merlin, qui est l'auteur de ce système, l'appuie sur deux considérations : 1° c'est une règle de bon sens qu'un jugement qui n'a pas été rendu contre moi m'est étranger, et qu'il doit être considéré comme n'existant pas à mon égard. 2° L'article 474 du Code de procédure dit bien qu'une partie peut former tierce opposition à un jugement qui préjudicie à ses droits, et lors duquel ni elle ni ceux qu'elle représente n'ont été appelés. Mais il ne dit pas qu'elle est tenue de prendre cette voie. (V. Merlin, *Répert.*, v° Opposit. tierce, § 6.)

Dans une autre opinion, on prétend que notre voie de recours est tantôt facultative, tantôt obligatoire. Cette opinion paraît réunir le plus grand nombre d'adhérents, mais les jurisconsultes qui l'acceptent sont loin de s'entendre quand il s'agit de tracer la ligne de démarcation et de déterminer d'une manière précise dans quel cas on doit formuler sa demande sous forme de tierce opposition, dans quel cas, au contraire, on peut se borner à invoquer l'article 1351 du Code civil.

Les uns veulent que la tierce opposition ne soit nécessaire qu'en fait, pour éviter le préjudice matériel qui résulterait de l'exécution, mais qu'elle ne le soit jamais en droit. « On peut résoudre facilement, dit Boitard, l'apparente autonomie qui existe entre l'article 174 du Code de procédure et l'article 1351 du Code civil. D'après l'article 1351, le jugement rendu entre des tiers ne peut produire aucun effet sur moi; d'après l'article 474, on suppose, au contraire, qu'un pareil jugement peut me porter préjudice. La distinction est très-simple. *En droit*, le jugement rendu entre des tiers ne décide rien contre moi; mais en fait, l'exécution d'un pareil jugement peut me causer un préjudice très-réel, très-sérieux. » (*l. c.*, p. 88 de la neuvième édition).

Il nous a toujours semblé que cette interprétation se rapproche beaucoup de celle de Merlin et même se confond avec elle. En effet, dire qu'en droit la tierce opposition n'est pas obligatoire, c'est exprimer la même idée que Merlin. On

Digitized by Google

ajoute, il est vrai, qu'en fait elle serait parfois nécessaire. Mais Merlin n'a jamais nié qu'il pût en être ainsi; c'était un trop grand jurisconsulte pour cela : il s'est borné à poser un principe sans descendre dans les détails, sans rechercher quelle pourrait être l'utilité pratique de la tierce opposition, une fois ce principe accepté. De ce que Merlin ne s'est pas occupé du fait, il serait inexact d'en conclure qu'il a déclaré la tierce opposition absolument inutile, en fait comme en droit.

Quoi qu'il en soit d'ailleurs, l'opinion de Boitard, et à plus forte raison celle qu'on attribue à Merlin, nous paraissent inacceptables, malgré la grande autorité de Boitard et de son savant annotateur, M Colmet-Daage.

Nous dirons plus tard en quoi cette distinction nous semble inadmissible; quant à présent, il nous suffira d'en montrer l'application. Boitard cite trois exemples : il s'agit d'abord des créanciers d'une femme mariée qui veulent faire tomber le jugement qui prononce la séparation de biens entre elle et son mari, et qui résulte d'un concert frauduleux des deux époux. Dans ce cas, il leur importera de prendre l'initiative, car l'exécution de la sentence pouvant être réalisée sans eux, il faut, s'ils veulent éviter le préjudice matériel qu'elle pourra leur causer, qu'ils la fassent rétracter par la tierce opposition.

En second lieu, il suppose que le dépositaire d'un meuble a succombé sur une action en revendication dirigée contre lui à propos de ce meuble. Le déposant a le plus grand intérêt à empêcher l'exécution de ce jugement, car si elle était accomplie, le revendiquant pourrait disparaître et emporter le meuble. La tierce opposition sera donc intentée et fera obtenir la suspension provisoire de l'exécution.

Notre auteur cite enfin le cas d'un fermier auquel on réclame l'immeuble affermé et qui s'est laissé condamner sur cette action à le restituer. Le bailleur devra, s'il veut éviter que l'immeuble passe entre les mains du revendiquant, former la tierce opposition. Ce troisième exemple paraît assez mal choisi, car, aux termes de l'article 478, le tribunal ne pourra pas, dans ce cas, suspendre l'exécution, et la tierce opposition n'empêchera pas que l'immeuble passe entre des mains tierces. Cependant c'est ce résultat que semble vouloir empêcher Boitard, puisqu'il dit : « Mais si je prends cette

Digitized by Google

marche (c'est-à-dire si je revendique, sauf à faire tomber le jugement que m'opposera le défendeur, en me basant sur l'article 1351), l'immeuble passera des mains de Primus, défendeur et perdant dans le premier procès, dans les mains de Secundus qui a gagné ce procès. » D'où il semble résulter que le contraire se produira s'il suit la marche inverse.

Voilà une première manière d'expliquer comment la tierce opposition peut devenir obligatoire.

D'autres, tout en reconnaissant que cette voie de recours peut être utile pour suspendre l'exécution et détourner le préjudice de fait qu'elle produirait, formulent une théorie plus large, et reconnaissent qu'il peut être important d'agir de cette façon, au lieu d'invoquer uniquement l'article 1351, non pas seulement pour suspendre l'exécution, mais pour détruire les effets qu'elle a déjà produits. Voici comment s'exprime à cet égard M. Colmet-Daage : « ... Le tiers contre qui celui qui a obtenu le jugement voudrait en poursuivre l'exécution, opposera victorieusement l'exception de la chose jugée, répondra que ce jugement est pour lui *res inter alios judicata*. Mais si le tiers se plaint du préjudice que lui cause l'exécution du jugement entre les parties, sans qu'aucune des parties en demande l'exécution directement contre lui, il devra prendre la voie de la tierce opposition pour arrêter quelquefois et, dans tous les cas, faire rétracter le jugement en ce qui concerne cette exécution qui lui préjudicie. » (Voy. Boitard, p. 83 et 84, t. II, 9e édit.) Faisant application de cette voie, l'auteur ajoute un peu plus loin, à propos du cas déjà prévu de la revendication d'un meuble contre un dépositaire : « Je devrai (moi déposant) former contre ce jugement une tierce opposition qui, si le tribunal m'y autorise (478), me permettra d'arrêter l'exécution du jugement attaqué, c'est-à-dire la remise du meuble entre les mains de Secundus, et, quand même l'exécution aurait déjà été effectuée, la faire tomber, quant à moi, si je triomphe dans ma tierce opposition. Alors le meuble sera remis à Primus, mon dépositaire, mon emprunteur; c'est moi qui le posséderai par lui, et j'attendrai une nouvelle revendication de Secundus, dans laquelle je jouerai le rôle de défendeur, et par conséquent je n'aurai pas à ma charge la preuve de la propriété. » (Boitard, *loc. cit.*, p. 84.)

Digitized by Google

Dans un passage suivant, l'auteur fait encore une application analogue de sa théorie, par rapport à l'hypothèse où un fermier est condamné à délaisser l'immeuble affermé. Il s'exprime ainsi : « L'article 478 dit même que ma tierce opposition ne pourra pas arrêter l'exécution; l'immeuble devra être délaissé par Primus et remis à Secundus. Il résulte de cette exécution que moi, qui possédais par Primus, mon fermier, je perds ma position de possesseur, de défendeur dispensé de la preuve, et que je me vois dans la nécessité de jouer le rôle de demandeur à la revendication, c'est-à-dire de prendre à ma charge la preuve que je suis propriétaire. Au contraire, par la tierce opposition, je ferai rétracter ou réformer le jugement qui a déclaré Secundus propriétaire à l'égard de Primus; je ferai restituer à Primus mon fermier, c'est-à-dire à moi-même, la possession de l'immeuble, et j'attendrai, dans la position de défendeur, la revendication de Secundus, à qui incombera la preuve de son prétendu droit de propriété. » (Boitard, *loc. cit.*, p. 85.)

M. Bonnier (*Éléments de procédure civile*, p. 449) enseigne un système analogue. Il reconnaît d'abord que la tierce opposition peut éviter un préjudice de fait en suspendant l'exécution d'une sentence qui peut être exécutée sans l'intervention du tiers; il ajoute ensuite qu'elle peut avoir pour utilité de fixer des preuves passagères et périssables au moyen desquelles le tiers entend démontrer qu'il n'a pas été représenté.

Jusqu'ici, on le voit, les distinctions proposées sont toutes relatives à un intérêt de fait. On trouve des cas où, en fait, la tierce opposition sera avantageuse; mais on laisse toujours, en droit, la faculté de ne pas l'exercer. En un mot, obligatoire dans certains cas en fait, elle ne l'est jamais en droit.

D'autres auteurs ont essayé de se placer à un nouveau point de vue, et se dégageant des faits, de trouver une démarcation juridique, de signaler des hypothèses où le droit impose la tierce opposition, à côté d'autres où il la laisse facultative.

D'après Rodière (*Cours de compétence et de procédure*, t. II, p. 148), le tiers n'a que la voie de la tierce opposition lorsque la partie qui a obtenu le jugement avait agi régu-

Digitized by Google

lièrement, c'est-à-dire avait actionné la personne qu'elle devait, en effet, actionner. Dans ce cas, le demandeur n'ayant aucune faute à s'imputer, le jugement qu'il obtient a une autorité générale. Mais si, au contraire, cette partie avait mal dirigé son action, mal engagé le procès, l'engagement qui lui donnerait gain de cause serait pour les tiers *res inter alios acta*, car ils ne devraient pas souffrir un préjudice par la faute du demandeur.

D'après Dalloz (*Jurspr. gén.*, v° TIERCE OPPOSITION, n° 13), la tierce opposition est forcée pour les personnes qui tiennent leurs droits de la partie condamnée par le jugement qu'on attaque ; facultative pour toutes les autres. Ainsi elle est forcée pour les créanciers chirographaires qui invoquent la fraude, et pour les acquéreurs qui veulent faire tomber le jugement passé contre leur auteur après l'acquisition.

Une dernière opinion a été émise par Chauveau (t. IV, p. 266, sur l'article 474). Ce jurisconsulte soutient que la tierce opposition est, en principe, inadmissible. Il ne trouve qu'un cas où elle serait légalement intentée, c'est celui où une sentence judiciaire est rendue personnellement contre une personne qui n'a pas été appelée.

Telles sont les diverses opinions qui ont été proposées.— On peut, en comptant celle qui a fait l'objet du premier chapitre de ce travail, les réduire à quatre, l'une qui déclare la tierce opposition obligatoire en droit, l'autre qui la déclare facultative; une troisième qui, selon les cas, veut qu'elle soit juridiquement nécessaire ou simplement autorisé; enfin la dernière, qui l'efface en quelque sorte du Code, en décidant qu'elle n'est pas permise en principe.

Nous ne présentons pas comme distincte l'opinion de Merlin, car, nous le répétons, il est difficile de croire qu'un jurisconsulte de cette valeur ait pu soutenir une doctrine aussi antijuridique que celle qu'on lui prête. A notre avis, le système qu'il défend est le même que celui de Boitard, de Colmet Daage, de Bonnier; seulement, à la différence de ces auteurs, Merlin ne spécifie pas les hypothèses où, en fait, une personne aura avantage à exercer la tierce opposition plutôt que d'invoquer l'article 1351 du Code civil.

De ces diverses opinions, il en est une qu'on ne doit pas hésiter à proscrire, c'est celle de Chauveau. Il serait

Digitized by Google

étrange, en effet, que les rédacteurs du Code eussent écrit un titre tout entier sur la tierce opposition, eussent fixé les règles de cette action avec soin, et qu'elle ne fût d'aucune application possible. Il fallait un esprit aussi hardi, et quelquefois aussi téméraire que celui de Chauveau, pour oser présenter une pareille solution.

Le système qui décide que la tierce opposition est toujours facultative en droit, doit aussi être répudié. — L'économie générale du Code de procédure ne permet pas de croire que le législateur a voulu ouvrir deux voies différentes dont l'une simple et l'autre compliquée, et qu'il a créé la tierce opposition pour des cas spéciaux assez rares à rencontrer. S'il en était ainsi, on trouverait quelque trace de son idée soit dans les articles de notre titre, soit dans les travaux préparatoires. En outre, au point de vue rationnel, il n'existe aucune raison de distinguer. En effet, les tiers auxquels on impose, en fait, la nécessité de recourir à la tierce opposition n'ont aucune faute à se reprocher, et l'on ne trouve pas un semblant de raison pour les traiter plus défavorablement que les autres. Pourquoi donc faire dépendre du hasard une question délicate et infliger à certaines personnes innocentes la charge d'une amende en cas d'insuccès? Si la loi avait créé uniquement la tierce opposition pour prévenir des inconvénients de fait, elle n'en aurait pas fait une action *sui generis*, dangereuse au point de vue de l'amende, et soumise à des principes exceptionnels de compétence; elle en aurait fait une action ordinaire en ajoutant qu'elle donnerait aux juges la facilité de suspendre l'exécution du jugement attaqué au lieu de dire implicitement qu'elle n'est pas suspensive de l'exécution.

Ce n'est pas encore tout : dans le système que je combats, on présente la tierce opposition comme utile, principalement dans les cas où elle entraîne la suspension de l'exécution; c'est même à peu près à ce seul point de vue que s'est placé Boitard. Or il est évident que le législateur n'a pas vu ce côté des choses, et qu'en créant la tierce opposition son but n'a pas été de la rendre applicable seulement dans des cas de ce genre. Cela résulte invinciblement de cette idée que la tierce opposition n'est pas, en principe, suspensive de l'exécution, et que même, dans une hypothèse particulière

Digitized by Google

assez fréquente, celle du délaissement d'un héritage, elle n'est pas susceptible de produire ce résultat. Il faut bien convenir que le législateur aurait été bien maladroit d'écrire une règle semblable, s'il avait voulu atteindre le but qu'on suppose.

Insistons en terminant sur cette considération qu'au point de vue rationnel, il n'y a aucun motif d'exiger la tierce opposition dans les espèces où on l'exige et de ne pas l'exiger dans d'autres. Un exemple fixera nettement notre idée :

1° Primus, mon fermier, a succombé sur une action en revendication intentée contre lui et a délaissé l'héritage. Dans ce cas, d'après M. Colmet-Daage, la tierce opposition a pour avantage de ne pas m'obliger à prouver mon droit de propriété. Je puis exercer cette action et faire rétablir l'état de choses primitif en montrant que je n'ai pas été représenté au premier jugement. Si j'agissais par la revendication, il me faudrait prouver que je suis propriétaire. Supposons, au contraire, que mon fermier n'ait pas délaissé l'héritage; alors, quand on le poursuivra en délaissement, je me présenterai et j'opposerai un refus formel. Que fera le revendiquant? Il devra prouver sa propriété, et comme le jugement qu'il a obtenu est pour moi *res inter alios acta*, il devra fournir de nouveau cette preuve dans l'instance qui s'ouvrira entre nous.

Voilà deux hypothèses où M. Colmet-Daage admettrait forcément deux solutions différentes. Dans l'une il déclarerait la tierce opposition utile et dans l'autre inutile, c'est-à-dire que dans un cas il imposerait au propriétaire l'obligation de courir la chance d'une amende et de se soumettre à une compétence spéciale, tandis que dans l'autre il le mettrait à l'abri de ces rigueurs. Eh bien! quels motifs rationnels existe-t-il de le traiter d'une façon différente? Aucun, selon moi, et c'est là ce qui me décide en partie à rejeter la distinction.

Nous avons signalé une doctrine d'après laquelle la tierce opposition serait parfois obligatoire en droit. M. Rodière veut qu'elle soit obligatoire lorsque celui qui a obtenu le jugement attaqué n'est coupable d'aucune faute, tandis qu'elle serait facultative dans le cas inverse. Cette explication est assez équitable, malheureusement elle est divinatoire et ne trouve d'appui ni dans la loi ni dans l'histoire; nous estimons superflu de nous y arrêter davantage.

Digitized by Google

Nous n'insisterons pas non plus en ce qui touche la solution proposée par M. Dalloz, car outre qu'elle est purement arbitraire, comme la précédente, elle ne se justifie par aucune considération d'équité.

Il faut donc convenir qu'aucun des divers systèmes que nous venons de rappeler n'est satisfaisant, et c'est là une raison de plus d'accepter l'opinion que nous proposons et dont l'idée première remonte à Proud'hon. NAQUET.

BIBLIOGRAPHIE JURIDIQUE ITALIENNE.

Par M. Ernest Dubois,
Professeur à la Faculté de droit de Nancy.

V [1].

B. Périodiques.

45. Il n'existe pas en Italie, à ma connaissance du moins, de *recueils de textes législatifs* privés, semblables, par exemple, à notre Duvergier. Le *Recueil officiel des lois et décrets* est, comme notre *Bulletin des lois*, un amas confus des documents les plus importants mêlés à d'autres qui n'offrent qu'un intérêt médiocre ou nul. Le prix en est de 12 francs par an; on peut en outre se procurer à l'imprimerie royale chaque loi ou décret séparément, pour un prix modique, variant selon le volume depuis 20 centimes jusqu'à 3, 4 francs ou plus.

La *Gazette officielle* comprend les *Actes du Parlement* qui y sont publiés à part, avec pagination distincte, et divisés en deux parties : *Sénat* et *Chambre des députés*. Le prix en est de 48 francs pour l'Italie et de 90 francs pour la France; on peut s'abonner à la Gazette seule, sans les comptes rendus du Parlement (36 fr. pour l'Italie). On pouvait, à l'inverse, dans ces dernières années, s'abonner aux Actes du Parlement sans

[1] Les livraisons de septembre 1872 (I. Droit romain et droit civil, t. Ier, p. 724-736); de décembre (II. Droit commercial et droit criminel, t. II, p. 50-61); de février et mars 1873 (III et IV. Droit constitutionnel et administratif, organisation judiciaire, droit international, histoire du droit, économie politique et statistique, t. II, p. 183-192, 232-246).

Digitized by Google

la Gazette ; on ne le peut plus aujourd'hui. Cette publication est faite dans le détestable format in-folio qu'avait, avant la guerre, notre *Journal officiel;* seulement, les Italiens ont eu le bon esprit de ne pas nous emprunter l'idée malencontreuse, et vraiment absurde, si l'on veut bien y songer, d'imprimer en caractères microscopiques, à peine déchiffrables ce qui a précisément le plus d'importance, savoir le texte des projets de loi, des motifs et des rapports. Les recherches dans les recueils officiels italiens sont d'ailleurs, sous les autres rapports, aussi pénibles que dans les nôtres.

Il parut à Turin, de 1851 à 1871, sous le titre de *Commentario e raccolta delle leggi e decreti,* une collection privée où les lois et décrets les plus intéressants étaient accompagnés de notes, moins complètes que celles que donnent, soit notre Duvergier, soit les recueils Dalloz et Sirey, mais fort utiles cependant. Commencée par M. Ed. Bellono, elle avait été continuée par M. Mich. Bertetti. Il est regrettable qu'elle ait cessé de paraître à partir de 1872, et qu'il n'en existe pas d'autre.

46. Les *recueils de décisions judiciaires* et les *journaux de jurisprudence pratique* sont, au contraire, fort nombreux pour ne pas dire innombrables. On en peut juger par la liste suivante, dans laquelle je n'ai pas la prétention de les indiquer tous. Je les place, non dans l'ordre de leur importance respective ou de leur mérite, trop délicat à établir, mais simplement dans celui des villes où ils paraissent.

1) Bari : *Gazzetta giuridica delle Puglie.*

2) Cagliari : *Il Legista.*

3) Casal : *Temi casalese.*

4) Catane : *La Giurisprudenza* (seconde année).

5) Catanzaro : *Il Giurista calabrese.*

6) Florence : *Annali della giurisprudenza italiana.* (V. *infra,* n°s 140-147.)

7) Gênes : *Gazzetta dei tribunali,* 24e année; elle se compose de trois séries : 1re série, jurisprudence des Cours d'appels et articles divers, législation, débat des Chambres, chronique, paraissant une fois par semaine, 30 fr.; 2e série, collection *officielle* de toutes les sentences de la Cour de cassation de Turin, paraissant par mois, 22 fr.; 3e série, lois et décisions en matière administrative, par mois également,

Digitized by Google

14 fr.; 2 séries ensemble : 36 fr.; les 3 : 55 fr. Directeurs, MM. G. Maurizio et A. G. Bozzo.

8) Gênes : *Giurisprudenza commerciale italiana.* 1re partie, Cours de cassation; 2e, Cours d'appel et tribunaux de commerce; 3e, Consulats italiens à l'étranger et tribunaux étrangers (surtout celui de Marseille); 4e, Législation et monographies, dont quelques-unes sont assez étendues. Directeur, M. Ant. Caveri.

9) Gênes : *Il Giornale delle Leggi.* (V. *infra*, nos 175-179.)

10) Messine : *Temi zanclea* (3e année); deux fois par mois : 9 francs.

11) Milan : *Monitore dei tribunali* (14e année); par semaine : 32 fr. (avec des articles de doctrine et des documents législatifs assez nombreux). Directeurs, MM. G. Porro et A. Gabelli.

12) Milan : *Il Giornale dei tribunali;* paraît tous les jours : 26 fr. Directeurs, MM. Morbio, Pavesi et Bonetti.

13) Milan : *Rivista dei dibattimenti celebri;* deux fois par mois : 16 fr. Directeurs, MM. Morbio et Pavesi.

14) Milan : *Il Giudice conciliatore e l'Uffiziale dello stato civiles* (7e année) : 12 francs.

15) Naples : *Gazzetta dei tribunali* (25e année); deux fois par semaine : 24 fr. 40. Directeurs, MM. V. Napolitani, R. Fioretti.

16) Naples : *Gazzetta del procuratore;* une fois par semaine : 9 fr. Directeurs, MM. A. delli Paoli, G. B. di Lorenzo.

17) Naples *Il Giurista*, rivista universale di legislazione (?).

18) Naples : *Temi italica* : 12 fr.

19) Palerme : *Il Circolo giuridico.* (V. *infra*, nos 148-174.)

20) Palerme : *Gazzetta dei tribunali di commercio del regno.*

21) Palerme : *Monitore giudiario*, gazetta di pratica legale.

22) Rome : *La Legge*, moniteur judiciaire et admistratif du royaume, 12e année (elle paraissait auparavant à Turin, puis à Florence). 1re partie Législation et jurisprudence civile, commerciale et pénale : 24 fr.; 2e partie, Législation et jurisprudence administrative et financière : 12 fr.; 3e partie, jurisprudence théorique, civile, commerciale, pénale, constitutionnelle et administrative : 18 fr.; les trois parties ensemble : 48 fr. Directeur, M. Gius. Saredo. Elle paraît par semaine.

23) Rome : *Il Giornale del foro;* livraisons mensuelles : 12 fr. 60.

Digitized by Google

24) Turin : *La Giurisprudenza italiana*, recueil général progressif des décisions des diverses cours du royaume, fondée par M. Bettini, continué par M. Dom. Giurati, (24e année); 3 parties, Cours de cassation, Cours d'appel, Cours des comptes : 40 francs.

25) Turin : *La Giurisprudenza*, collections de décisions (10e année) : 20 francs.

26) Venise : *L'Eco dei tribunali*, trois fois par semaine : 44 fr. Directeurs, MM. Zajotti et Deodati.

27) Venise : *Monitore giudiziario.*

Plusieurs de ces recueils sont fort estimés; la plupart joignent une partie critique et théorique à la publication des décisions judiciaires.

Il existe en outre des recueils spéciaux pour certaines matières, comme la *Rivista administrativa*, de Turin, directeur, M. Aliberti (24e année); 8 fr.; la *Rivista di Discipline Carcerarie*, de Florence. (V. *infrà*, nos 180-205); la *Gazzetta dei Notai*, de Naples, et les *Massime*, journal de l'enregistrement et du notariat de Florence.

47. Au milieu de tous ces périodiques, on peut même dire au-dessus, sans rabaisser en rien la valeur incontestable de plusieurs d'entre eux, l'*Archivio giuridico* de Bologne, aujourd'hui transféré à Rome, se distingue par son caractère scientifique et historique, et contient en même temps un grand nombre d'articles consacrés à l'analyse et à l'examen de la jurisprudence pratique; cette dernière tâche est celle que remplit particulièrement le directeur, M. Fil. Serafini. (V. ci-après, nos 48 à 139.)

Tout récemment enfin ont paru, à Rome, les premières livraisons de deux *bulletins* dont le titre seul révèle l'intérêt : l'un est celui de l'Association fondée pour l'étude de la *représentation proportionnelle*, l'autre est celui du *premier congrès juridique italien.*

L'Archivio giuridico.

Quatrième et cinquième année, avril 1872 à mars 1873, t. VII à X, Bologne, typ. Fava et Garagnani; Rome, direction (livraisons mensuelles, deux volumes par an, de 10 fr. chacun, 12 fr. pour la France).

Je continue ici pour cet excellent recueil, dont l'éloge n'est plus à faire, l'espèce de catalogue raisonné que j'ai

Digitized by Google

donné de ses trois premières années dans la livraison de décembre 1871 de la *Revue* (t. Ier, p. 43-54, nouvelle série).

DROIT ROMAIN ET HISTOIRE DU DROIT ROMAIN. — 48. Fil. Serafini : Nouvelle interprétation de la loi 17, D., *De duobus reis* et sa conciliation avec la loi 54, § 3, *De legatis*, 1°, VII, 128-144.

49. Le même : sur le second volume des *Legs* de L. Arndts (t. 47 de Glück), VII, 182-5.

50. Gius. Carnazza-Puglisi : Réponse aux considérations de M. Alianelli sur les actions *exercitoria* et *institoria*, VII, 464-72.

51. Gius. Ceneri : Conciliation des lois 5, § 5, et 7, § 4, D., *De donat. inter virum et ux.*, IX, 3-9.

52. F. Buonamici : La protection de la possession, à propos du livre d'Ihering, traduit par Forlani, IX, 400-426. — V. Perugia, même sujet, compte rendu de l'ouvrage du prof. Alibrandi, IX, 449-454.

53. P. L. Cecchi : Origine et nature de la loi des Douze Tables, IX, 10-38.

54. Gius. Montanari : Discours historico-philologico-légal sur les *res mancipi* et *nec mancipi* (lu à l'Académie pontificale d'archéologie, séance du 7 mars 1872), X, 351-378.

55. Guid. Padelleti : Sur les *Fontes juris romani antejustinianei* de Bruns, VII, 439-41.

56. Le même : Sur l'*Histoire du droit grec et romain* de F. Hofmann, VII, 145-154.

57. Cost. Bonini : Sur la *Décentralisation selon le droit romain* de A. S. Garelli, VII, 311-3.

DROIT CIVIL. — 58. (Personnes.) F. Forlani : Des personnes juridiques, VII, 3-42.

59. (Mariage.) Ant. Silva : Réponse à des objections relatives à son interprétation de l'article 67 du Code civil (V. ci-dessus, I, n° 7) avec une lettre de notre collègue de Toulouse, M. Th. Huc, VII, 538-48. — Gius. Mazzara : Même sujet. Réfutation de l'interprétation proposée par M. Silva, VII, 459-63.

60. Gius. Buniva : De l'erreur dans la personne comme empêchement de mariage, observations sur l'écrit de M. Pallotti, VIII, 429-51.

61. (Paternité.) Aug. Pierantoni : De l'action en désaveu de paternité, VII, 241-262, 358-368; VIII, 46-67, 231-41.

Digitized by Google

62. (Distinction des biens.) Aug. Franchetti : Du droit de loge (*palco*) dans les théâtres, VII, 201-232, 369-408.

63. (Servitudes.) Ant. Scotti : De la mitoyenneté forcée du mur de séparation, étude sur les articles 553, 555-7, 570-1, 584, 586-7 et 590 du Code civil, X, 239-316.

63 *bis*. G. Grossi : Du juste *criterium* dans la distinction des servitudes continues et discontinues; origine et inexactitude de ces expressions, X, 599 616.

64. (Successions). C. Scandiani : De l'indignité, article 725 du Code civil, VIII, 27-41.

65. Baldassare Paoli : La succession légitime des frères *ex uno latere* en concours avec des frères germains; part virile ou part de fait? X, 61-83. (Cp. *infra*, n° 141).

66. Maur. Maltini : Études pratiques sur l'article 778 du Code civil (formalités des testaments notariés), VII, 233-40.

67. Salv. Buscemi : De la part réservée par la loi (art. 819) au conjoint survivant dans les successions testamentaires, VII, 43-59. — Fil. Guelfi : Même sujet, VIII, 217-230. — Pietr. Frugoni : Même sujet, VIII, 527-37.

68. Em. Bianchi : Étude sur l'article 842 du Code civil (legs de quantité), IX, 512, 520.

69. Gugl. Levi : Les articles 985 et 2116 du Code italien (corresp. aux art. 816 et 2238 du Code français), et Troplong, VIII, 42-5.

70. O. Regnoli : Étude sur un cas de substitution fidéicommissaire, IX, 521-8.

71. Leonid. Peroni : Du rapport, étude sur l'article 1014 (857 français), X, 84-96.

72. (Obligations.) Biag. Natoli : Essai sur l'article 1314 du Code civil (exigeant un écrit pour huit classes d'actes), VIII, 445-458. — V. Perugia : Même sujet, à propos d'un article de M. Pacifici-Mazzoni, VIII, 416-8.

73. (Vente.) Gius. Pedrazzi : Du prix dans la vente civile et commerciale, VIII, 346-360.

74. (Louage.) Le même : Si, en cas d'incendie, l'article 1589 (Code civil italien, corresp. à 1733 français) est applicable aux colons et preneurs de bien ruraux, VII, 60-70.

75. (Gage.) Cam. Manfredi : Étude sur le gage et la saisie, IX, 553-580; X, 589-98.

76. (Prescription.) Gugl. Levi : Interruption de prescription, combinaison des articles 190 C. proc. civ. et 2128 C.

Digitized by Google

civ. italiens (2247 français), VIII, 470-2. — A. Maierini : même sujet, IX, 81-5.

PROCÉDURE CIVILE. — 77. (Appel.) Ant. Scotti : De l'appel incident, VIII, 155-164.—Cuzzeri : même sujet, VIII, 551-60.

78. A. Scotti : Si les articles 440 C. proc. civ. et 252-3, réglement judiciaire général, sont applicables dans les procédures sommaires d'appel (non comparution après citation; péremption), VIII, 381-91.

79. (Compétence.) G. Levi : De l'incompétence des juges conciliateurs, IX, 78-80.

80. A. Scotti : Compétence respective des présidents de tribunaux civils et de Cours d'appel et des chambres du conseil, VII, 117-27.

81. (Comparution.) Cuzzeri : De la comparution dans les causes formelles commerciales (art. 395 C. proc. civ.), X, 392-5.

82. (Défaut.) Tull. Beggiato : Sur la notion du défaut, VII, 473-8.

83. L. Napodano : Si les oppositions aux jugements par défaut sont soumises à péremption, IX, 178-86.

DROIT COMMERCIAL. — 84. (Gage). Alb. Errera : Les magasins généraux, les récépissés et les bulletins de gage, VII, 325-43; VIII, 242-57, 498-517. (V. *supra*, n° 16.)

85. (Lettre de change.) Erc. Vidari : Sur un cas de déchéance du recours (à propos de la loi française du 13 août 1870 et de la décision du tribunal fédéral de Leipzig du 21 février 1871), VII, 263-70. — Puis à propos de l'arrêt de la Cour de cassation de Turin du 6 mars 1872, IX, 187-199. — Salv. Buscemi : même sujet, solution contraire, VIII, 83-95. — G. Pigozzi : Compte rendu de l'ouvrage de Ces. Norsa sur le même sujet, VIII, 324-6.

86. E. Vidari : De quelques projets de loi (Suisse, Belgique, Indes anglaises, Italie) sur la lettre de change, VII, 71-90, 344-57; VIII, 68-82, 483-97 (suite des articles du tome VI). G. Carnazza-Puglisi : Examen critique et réfutation des écrits du professeur Vidari sur les projets récents en matière de lettre de change, VIII, 280-7, 460-9.

87. (Marchés à terme.) A. Errera : Les marchés à terme et les règles qui les régissent en Allemagne, Suisse, France et Italie, VIII, 96-108. (V. ci-dessus, n° 15.)

88. (Sociétés.) Sacerdoti : De quelques catégories de titres

Digitized by Google

(actions et obligations dites *de priorité*) dans les sociétés par actions, IX, 581-6.

89. Vit. Perugia : La législation des sociétés commerciales, à propos du mémoire présenté par le ministre du commerce au ministre de la justice, VIII, 520-5.

90. (Titres au porteur.) A. Maierini : Étude sur la revendication des titres au porteur, X, 131-152.

91. (Vente.) Pedrazzi : Du prix, article 96 du Code de commerce, VIII, 346-60.

92. (Droit maritime.) A. Errera : La liberté des assurances maritimes, IX, 39-53. (V. ci-dessus, n° 15.)

93. Perugia : Le crédit naval, à propos du mémoire présenté par le ministre du commerce à son collègue de la justice, IX, 237-240.

Droit criminel. — 94. (Coalitions.) P. A. del Giudice : Les coalitions industrielles et le projet de Code pénal italien, VII, 91-107 (suite de l'article du tome VI).

95. (Détention préventive.) Gius. Manfredini : Considérations sur le projet de loi présenté le 30 juillet 1870 par les députés Morelli C. et Barazuoli, IX, 317-27. — Perugia, compte rendu de l'ouvrage de M. L. Lucchini, sur le même sujet, X, 22-32. (V. ci-dessous n° 144.)

96. (Jury.) F. Serafini : La réforme du jury selon les récents projets de loi, VIII, 513-9. (V. ci-dessous n°s 112, 166, 212, 3.)

97. (Justice criminelle.) L. Casoreti : Revue de quelques résultats de la justice criminelle en Italie, en 1871, IX, 143-177. (*Adde infra*, n°s 136, 173, 174.)

98. (Pays étranger.) G. Manfredini : Extraterrioralité du droit pénal, avec observations sur les articles 6 à 10 du dernier projet de Code pénal italien, X, 153-177.

99. (Peine de mort.) Em. Brusa : Observations en réplique à M. Fil. Ambrosoli, VIII, 452-60. (V. *infra*, n°s 206-212.)

100. (Procédure.) L. Casorati : Onzième et dernier article sur les principales réformes introduites par le Code de procédure pénale actuel (autres innovations et conclusion), VII, 108-116 (suite des articles publiés aux t. III, IV et V).

101. (Tentative.) Pirrone-Ferrante : S'il y a tentative imputable à celui qui, ayant préparé un délit par des moyens propres à l'accomplir, emploie pour l'exécution des moyens qui y sont impropres, X, 396-9.

Digitized by Google

DROIT CONSTITUTIONNEL. — 102. Erc. Vidari : De la première chambre dans les parlements et du sénat italien, X, 5-60.

103. Le même : Sur la théorie de l'élection politique de M. G. Padelletti, VII, 301-310. — Att. Brunialti, même sujet, 431-8.

104. C.-F. Ferraris : Nouvelles études sur la représentation des minorités dans le Parlement, VIII, 3-26. (V. *supra*, n° 27.) — Perugia, compte rendu de l'ouvrage de M. E. di Brissogne, sur le même sujet, VIII, 422-6. — Vidari : Sur les ouvrages de MM. A. Brunialti et Fr. Genala, même sujet, VIII, 300-7.

DROIT ADMINISTRATIF. — 105. Vinc. Tango : De l'organisation administrative et spécialement de celle de l'État, VIII, 193-216, 479-501.

106. Le même : La Cour des comptes, X, 317-350.

107. Fed. Lampertico : Sur la question de la propriété des mines, 409-15.

108. P. Frugoni : La nouvelle loi (du 20 avril 1871) sur le recouvrement des impôts directs et les droits des créanciers hypothécaires, X, 498-512.

109. Ant. Sormani : De la contribution aux frais d'entretien des malades pauvres, VII, 473-82; X, 386-91.

109 *bis*. G. de Gioannis Gianquinto : Propositions de réformes concernant les conflits d'attributions, X, 535-588.

ORGANISATION JUDICIAIRE. — 110. P. Nocito : Du Sénat constitué en haute Cour de justice, X, 461-510, 587-656.

111. Maltini : De la juridiction laissée aux tribunaux de troisième instance par les lois transitoires, et de la compétence de la Cour de cassation relativement aux décisions rendues par eux, VIII, 561-574.

112. Cl. Pizzamiglio : Considérations sur les projets de loi (de Falco) concernant l'organisation judiciaire et le jury, IX, 60-77.

113. D. Castelli : La magistrature en Italie et les réformes, IX, 341-367.

114. Giac. Maffei : Réformes concernant l'administration de la justice et les conditions de la sûreté publique, IX, 657-664.

115. Ang. Messedaglia : Rapport sur le budget du ministère de grâce, justice et cultes pour 1872, comparé aux budgets français et prussien (chap. 2, 3 et 4), VIII, 400-413.

Digitized by Google

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. — 116. Fil. Milone : Essai sur les principes et les règles du droit international privé, VII, 518-563.

117. E. Bianchi : Études de droit international privé en matière de mariage, X, 427-497.

118. Salv. Buscemi : Les vicissitudes du droit international privé dans l'histoire de l'humanité, VIII, 333-345.

HISTOIRE DU DROIT. — 119. (Antiquité.) Enr. Alloati : Études critiques et historiques des constitutions des peuples anciens et modernes sur le délit d'attentat à la sûreté de l'État (chap. 1er, Antiquité), VIII, 258-279.

120. (Droit grec.) Elia Lattes : Les réformes de Clisthène et le jugement d'Hérodote, VIII, 109-134.

121. (Moyen âge.) Luc. Morpurgo : Condition juridique des étrangers en Italie au moyen âge, IX, 249-287.

122. Gius. Grossi : Le contrat dit de *Colonna*, IX, 529-534.

123. Guid. Padelletti : Nouvelles études sur l'histoire du droit italien au moyen âge, avec examen de l'ouvrage de Fitting (glose des Institutes de Turin, Brachylogus), VII, 271-286. — Sur le *Brachylogus* de J. Ficker, VIII, 175-7.

124. Le même : Les statuts de l'Université de Pérouse, VIII, 135-154 (suite des articles des t. V et VI).

125. G. Pigozzi : Sur un manuscrit inédit (1454) des statuts du collége des docteurs de Parme, IX, 200-213.

126. G. Caumo : Trois documents inédits (actes notariés de 1193, 1207 et 1208) tirés des archives de Vérone, IX, 86-90.

127. (Réunion d'âges historiques.) Cl. Pizzamiglio : Étude sur les pouvoirs et sur les droits de famille, VIII, 361-380. (V. *supra*, n° 42.)

PHILOSOPHIE DU DROIT.—128. F. Forlani : Notes critiques sur *la lutte pour le droit* (*Der Kampf um's Recht*) de Ihering, X, 118-30.

129. Gius. Toniolo : Des faits physiques et des fait sociaux dans leurs rapports avec la méthode d'induction, X. 178-212.

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES. — 130. (Allemagne.) C. Fr. Ferraris : La Constitution de l'Empire d'Allemagne, à propos de l'ouvrage de L. von Ronne, IX, 288-316.

131. Maierini : Revue des principaux ouvrages (systématiques, monographies, périodiques) allemands des dernières années relatifs au droit commercial, IX, 427-443.

132. (France.) Ern. Dubois : Revue du mouvement juri-

Digitized by Google

dique en 1871 (législation, enseignement, bibliographie, jurisprudence), IX, 105-128.

133. (Suisse). Erc. Vidari : L'unification des lois commerciales en Suisse, VIII, 575-596.

JURISPRUDENCE. — 134. M. Serafini continue dans ces quatre volumes la *Revue générale de jurisprudence pratique* commencée en avril 1870 : ils contiennent la fin de la lettre A et la lettre B. Je signalerai particulièrement dans ce substantiel répertoire des principales décisions judiciaires, les mots *Bénéfice*, *Biens ecclésiastiques*, *Billets à ordre*...

135. A. Scotti : Sur *les principales discordances des quatre Cours de cassation* d'Italie du cer Bald. Paoli, VII, 572-78.

136. L. Casorati : Sur quelques points de jurisprudence civile et de législation pénale traités dans le compte rendu annuel du procureur général de Cantazaro, M. Auriti, VII, 582-92. (V. *supra*, n° 97.)

ÉCONOMIE POLITIQUE. — 137. Salv. Buscemi : Essais d'économie politique; premier essai : la science, IX, 368-386.

138. V. Cusumano : Le congrès des économistes allemands à Eisenach, X, 222-8.

139. Marescotti : La question sociale en Italie, X, 513-525.

Annales de la jurisprudence italienne.

Sixième année, 1872, t. VI. Florence, Stefano Jouhaud, administrateur, via Calzaioli, 12 (12 livraisons par an, 32 fr.)

140. Cet important recueil fut fondé à Florence, en 1866, par une société de magistrats, de professeurs et d'avocats, présidée par M. P. Stanislas Mancini, alors professeur de droit international à l'Université de Turin, député et l'un des avocats les plus renommés de l'Italie. Il se compose de trois parties : la première contient les décisions des quatre Cours de cassation; elle est subdivisée en deux sections (matières civiles et pénales); la seconde donne celles des cours d'appel; la troisième est une revue doctrinale et théorique dont voici les articles pour 1872.

DROIT CIVIL. — 141. (Successions.) A. Gazzi : Succession des frères consanguins ou utérins en concours avec des frères germains (art. 710 du Code civil), p. 82-7. (Cp. *supra*, n° 65.)

142. Paoli : La condition du veuvage, au cas de mariage ecclésiastique, sous l'empire du Code civil, p. 23-7.

Digitized by Google

DROIT MARITIME. — 143. Paolo la Spada : L'abordage douteux, p. 6-22.)

DROIT CRIMINEL. — 144. Détention préventive et liberté provisoire, déduction sur la peine, p. 88-95. (Cp. ci-dessus, n° 95.)

DROIT ADMINISTRATIF.— 145. Giov. de Gioannis Gianquinto : Questions de réforme du droit commercial et provincial (droit électoral, petites communes, nomination des maires, présidence de la députation provinciale et tutelle des communes), p. 56-81 ; notes, p. 100-160 (notamment sur les effets de la réunion ou du démembrement des communes, p. 107-145 ; sur la centralisation et la décentralisation, p. 147-160).

ORGANISATION JUDICIAIRE.—146. Odoardo Luchini : La Cour de cassation et l'histoire du droit, p. 28-55. (V. *supra*, n°s 28 et 29 ; *infra*, n°s 171 et 172)

147. Paoli : La juridiction des tribunaux et la juridiction des sections ou chambres, p. 96-99.

Le Circolo giuridico.

Pendant ses trois premières années, avril 1870 à mars 1873, Palerme, L. Pedone-Lauriel, éditeur (livraisons mensuelles, 16 fr. par an).

148. Ce nom désigne une *Société* de jurisconsultes dont le siége est à l'Université de Palerme, ainsi que le *Recueil* fondé par cette société il y a bientôt huit ans. Son président, M. Luigi Sampolo, professeur de droit civil, a donné sur elle et sur ses travaux une notice qui ouvre le tome III. On y voit aussi des détails sur les sociétés qui l'ont précédée en Sicile depuis l'*Académie justinienne*, fondée en 1722, ainsi que sur les périodiques siciliens consacrés au droit depuis 1838. Le *Circolo giuridico* est à la fois un recueil des décisions de la Cour de cassation de Palerme et des cours d'appel de Catane, Messine et Palerme, et une revue critique et historique de législation et de jurisprudence. Créé, selon les expressions de ses auteurs, « dans le but d'établir la plus parfaite harmonie et solidarité entre l'École et le Palais, entre la théorie et la pratique, » il occupe déjà un rang des plus honorables et atteste que la Sicile veut contribuer pour sa part au mouvement intellectuel et juridique qui se produit actuellement en Italie. J'indique les principaux articles de la *Rivista*.

DROIT ROMAIN. — 149. Pietro Salis : Sur le caractère attri-

Digitized by Google

butif et translatif ou déclaratif et rétroactif du partage, 1re partie, Droit romain, II, 110-126, 169-205.

Droit civil. — 150. L. Sampolo : Les travaux préparatoires du Code civil italien, et particulièrement ceux de la commission législative de Palerme; titre préliminaire et titre Ier, ch. 1er, droit de cité, avec une introduction, I, 7 21, 27-39, 67-75.

151. (Mariage.) Gius. Buniva : Propositions pour empêcher la célébration du mariage devant le curé seul, III, 166-175. (V. l'analyse que j'en ai donnée *Bulletin de la Societé de législation comparée*, février 1873, p. 104-7.)

152. (Usufruit). A Fulci : Sur l'article 105 du Code civil : Obligations de l'usufruitier, II, 11-12.

153. Discussion, au sein de la Société, sur la question de savoir si le nu-propriétaire a droit à l'indemnité payée par une compagnie d'assurances à l'usufruitier, II, 15-20.

154. (Successions). A Fulci : Sur l'article 890 du Code civil : Représentation de l'indigne, I, 65-6. — Ignaz. de Paola, même sujet, III, 82-107. — (Cp. *supra*, n° 12.)

Procédure civile. — 155. Giac. Pagano : Introduction à un cours de procédure civile, III, 177-195.

156. Giul. di Simone : Des effets du défaut du défendeur quant aux frais du jugement de vérification d'écriture, II, 33-47.

Droit commercial. — 157. (Droit maritime.) Texte de dix-huit solutions du Congrès international maritime de Naples de 1871, II, 160-162.

158. (Contrainte par corps.) Cam. Finocchiaro-Aprile : La contrainte par corps en matière commerciale, II, 89-100, 206-223; III, 17-29.

159. (Faillite.) Cel. Guariglia : Quelques idées : Simplification de la procédure, mesures de rigueur contre les faillis, II, 75-7.

160. P. Salis : Les artistes ou auteurs dramatiques, en cas de faillite du directeur d'une compagnie théâtrale, ont-ils le privilége de l'article 1596, n° 4, du Code civil italien (2101 français) ou ceux du § 2 ou du § 1er de l'article 664 du Code de commerce italien (549 français)? II, 49-65. (Admission du privilége en qualité d'ouvriers.)

Droit criminel. — 161. (Cours d'assises, Jury). Gius Buniva : Nécessité d'abolir le résumé du président, III, 120.

Digitized by Google

162. Circulaire du ministre de la justice (de Falco), du 15 oct. 1872, sur la formation des Cours d'assises, III, 213-6.

163. G. di Menza : Des questions posées au jury, I, 41-52, 82-99, 105-124, 43-158, 181-192.

164. Ign. Abrignani : Impossibilité pour les jurés d'affirmer en même temps l'excuse tirée de la provocation et la circonstance aggravante de guet-apens, II, 12-16.

165. Franc. Saluto : Si, dans une accusation de vol, le président peut poser au jury la question subsidiaire de recel dolosif des objets volés, I, 205-210. — Franc. Carrara : Lettre sur le même sujet, II, 47-8.

166. G. de Menza : La réforme du jury; le projet de la commission nommée par le garde des sceaux, II, 101-109. (V. *supra*, n° 96.)

167. (Injure). G. Taranto : Théorie de la vérité et de la pénalité de l'injure verbale, III, 137-165, 195-200.

Droit constitutionnel et administratif. — 168. Salv. Forzano : La politique et l'administration, I, 166-175.

169. Giac. Pagano : Distinction entre le pouvoir législatif et le pouvoir constituant,... III, 125-131.

170. Vœu de la Cour de cassation de Florence tendant à ce que tous les actes de procédure soient communiqués à la Chambre appelée à donner son consentement pour l'arrestation d'un député, I, 57-64.

Organisation judiciaire. — 171. Di Marco : Sur le projet d'une Cour de cassation unique, adresse aux Chambres et aux ministres; nécessité de conserver celle de Palerme, I, 22-4. — Même sujet : Pétition de la ville de Palerme au Parlement, III, 65-70. — Discours du sénateur Fr. Perez contre le projet de cassation unique, III, 108-119.

172. Ign. Caruso : Sur la magistrature suprême du royaume, III, 30-64 (V. *supra*, n° 29.) — Cardona, sur le même, appréciations, III, 226-230.

Administration de la justice. — 173. Dans le ressort de Catane, pour 1870, I, 197-200. — Dans le ressort de Palerme, pour 1871, discours du substitut du procureur général, Giac. Armò, II, 127-141 ; pour 1872, discours du procureur général, Vinc. Calenda, III, 241-290.

174. Revue des assises, I, 24-6 ; — rapport du président, Ign. de Paola, pour 1871, Catane, II, 142-9 ; — pour Palerme, Trapani, Girgenti, Caltanisetta et Syracuse, II, 149-51.

Digitized by Google

Le Giornale delle Leggi.

Pendant les trois premières années, mai 1870 à décembre 1872, Gênes, piazza Corvetto, 1 (un numéro par semaine; un an 10 fr., six mois 5 fr.).

175. Fondé en 1870 par M. Bernardo Cassini (le 1er numéro parut le 5 mai), dans le but de propager la connaissance du droit, ce journal se distingue sous plusieurs rapports des autres périodiques de l'Italie, et nous n'avons rien en France qui y soit analogue. L'entreprise fut d'abord jugée par plusieurs d'une exécution impossible, et son auteur fut, pendant quelque temps, traité de visionnaire; mais le succès a couronné ses efforts et sa persévérance. La création d'un *Journal populaire de législation* répondrait assez chez nous à l'un des besoins les plus pressants, sinon des plus faciles à satisfaire. Il importe de voir comment en Italie on est parvenu à atteindre le but. Le prix exceptionnel récemment proposé pour le meilleur ouvrage populaire de législation (V. *supra*, n° 14) est une des preuves de l'importance que nous attachons à des travaux de ce genre. Il ne semblera donc pas hors de propos que j'appelle ici l'attention d'une manière particulière sur le *Giornale delle Leggi*, de Gênes, qui n'est nullement d'ailleurs, comme son titre pourrait le faire croire, un recueil de textes législatifs[1].

Son fondateur est un avocat de Gênes qui, chargé des fonctions de vice-préteur (suppléant du juge de paix) dans cette ville, dut en cette qualité prononcer une condamnation encourue par un individu en raison de son ignorance de la loi. Tout en appliquant le principe que « l'ignorance de la loi n'excuse pas », il sentit que sa conscience protestait et conçut le projet d'en répandre la connaissance autant que possible. Il reçut d'abord l'adhésion de l'un des hommes les plus distingués par son mérite comme professeur à l'Université, puis comme conseiller à la Cour de cassation, et les plus connus en Italie pour la vigueur et l'originalité de ses écrits, M. Matteo Pescatore. Cette adhésion fut suivie de celles d'un grand nombre de magistrats, de professeurs et d'avocats, parmi lesquels il suffira de citer, comme ayant promis leur

[1] Bien que le mot *leggi* puisse se traduire par celui de *lois*, il faut cependant remarquer qu'il a, dans la langue italienne, une acception plus étendue encore que n'en a chez nous le mot *lois*.

Digitized by Google

concours, MM. Vigliani, Conforti, Vacca, de Falco, Buniva, Mancini, Pacifici-Mazzoni, Pisanelli, Scialoja...

Le journal se compose de plusieurs parties distinctes : 1° doctrine, 2° jurisprudence, 3° consultations, 4° concours, 5° correspondance La doctrine et la jurisprudence y sont représentées, non-seulement par des articles plus proprement populaires, mais aussi par des travaux scientifiques qui feraient honneur à toute revue, même exclusivement théorique : l'adoption de ces derniers a été décidée, avec beaucoup d'à-propos, selon moi, pour que le journal, tout en s'adressant à l'universalité des citoyens, n'exclût pas du nombre de ses lecteurs les jurisconsultes. Les consultations sont gratuites pour tous les abonnés, et de plus pour tous ceux dont l'impossibilité de supporter les frais de l'abonnement est attestée par un certificat délivré par la junte municipale. Des questions de droit sont proposées chaque semaine pour sujets de concours dont le prix, ordinairement fixé à 5 ou 10 francs, est parfois supérieur. La direction fournit enfin gratuitement les textes des Codes et certaines lois spéciales à certains abonnés, tels qu'instituteurs, bibliothèques circulantes, écoles populaires et sociétés ouvrières.

Les divers articles du journal, souvent fort courts, ce qui n'enlève rien à leur mérite, sont en nombre trop considérable pour que j'en puisse donner ici une liste semblable à celles qui précèdent. Je signalerai simplement les travaux des principaux collaborateurs.

176. M. Pescatore contribue largement, tant pour la partie doctrinale que pour celle de jurisprudence proprement dite. Plusieurs de ses articles sont groupés sous le titre de *Logique et empirisme en jurisprudence;* ils portent principalement sur le droit et la procédure civile et sur le droit administratif. Il donne, en outre, un bulletin des arrêts de la *Cour de cassation de la Haute-Italie* (Turin), avec notes et commentaires.

177. M. Baldassare Paoli, conseiller à la Cour de cassation de Florence, fournit à la partie de jurisprudence des notes sur les arrêts de la *Cour de cassation de l'Italie Centrale*, et à la partie doctrinale, des *Notions élémentaires de droit pénal*, puis des notions élémentaires de droit civil sur les *Successions testamentaires*, indépendamment d'articles divers : par exemple sur l'existence et l'étendue de la juridiction des tribunaux de commerce (numéro du 28 novembre 1872).

Digitized by Google

178. Je citerai enfin les articles de droit criminel de l'illustre professeur de Pise, M. Franc. Carrara, ceux de M. Pacifici-Mazzoni, professeur à Rome, sur le droit civil (plusieurs de ses ouvrages m'occuperont dans une prochaine livraison), et les divers travaux donnés par M. Erc. Vidari, professeur à Pavie, notamment ses *Notions élémentairee sur les assurances terrestres à primes*, et ses articles sur les *Principales mesures demandées par le commerce italien*, tirées des propositions des chambres de commerce.

179. M. B. Cassini entend encore fonder, dans le même but que son journal, une *Bibliothèque didactique légale*. Le premier volume se compose des *Éléments de droit pénal*, ci-dessus mentionnés, de M. Paoli, publiés, avec quelques augmentations, en volume séparé, du prix modique de 2 francs, et 3 francs seulement pour les abonnés.

Pour le *Traité élémentaire de droit civil*, M. Cassini a adopté la forme d'un concours. Il proposa la somme de 1,000 francs; il n'écrivit au ministre de l'instruction publique, alors M. Correnti, que pour lui offrir la dédicace de sa *Bibliothèque didactique*, et lui demander, avec son approbation du concours, la nomination d'une commission chargée de le juger. Le ministre accepta la dédicace et approuva l'idée heureuse du concours, en ajoutant 500 francs aux 1,000 francs fournis par M. Cassini. La correspondance échangée à ce sujet est aux numéros du 22 juin 1871 (II, n° 25) et du 5 février 1872 (III, n° 5).

La Rivista di discipline carcerarie.

Rome, Cotta (un an, 10 fr.; pour la France, 15 fr. : livraisons mensuelles).

180. L'actualité que présente partout en ce moment l'étude des questions pénitentiaires, et qu'elle offre notamment en France, où une commission parlementaire en a été chargée récemment, sur la proposition de M. d'Haussonville, m'engage à dire quelques mots de cette revue, fondée à Florence, en 1871, par M. Martino Beltrani Scalia, inspecteur des prisons, et connu déjà par des écrits estimés sur le régime pénitentiaire. Elle fait suite aux *Effemeride carcerarie* de M. Vazio (Florence, 1865-1870), et embrasse un champ plus étendu. Le fondateur ne s'est pas proposé seulement de traiter ce qui concerne le mode d'exécution des

Digitized by Google

peines, mais encore d'insister sur une étude, trop négligée, dit-il, et dans laquelle réside, selon lui, l'avenir de la science et de la législation pénale : cette étude est celle du criminel lui-même, envisagé sous tous ses aspects et en empruntant à la physiologie et autres sciences les lumières qu'elles peuvent fournir sur les phénomènes d'intelligence et de volonté qui se manifestent dans la population des condamnés. Son recueil se compose de deux parties distinctes, auxquelles on peut s'abonner séparément; l'une a pour titre : *Revue de la science des prisons en rapport avec l'anthropologie, le droit pénal, la statistique*, etc...; l'autre est le *Bulletin officiel de la direction générale des prisons*. (La première seule, Italie, 7 fr. 50, France, 10 fr.) Depuis 1872, la *Revue* paraît à Rome. Voici les principaux articles de la seconde année (1872) :

LÉGISLATION ITALIENNE. — 181. Questions sur lesquelles est appelée à répondre la commission, nommée par décret du 5 novembre 1871, pour la réforme des prisons, 36-40.

182. La Société de patronage (*patrocinio*) pour les libérés et la maison de patronage? (*patronato*) pour les jeunes gens à corriger, de Florence, 276-284.

183. Beltrani Scalia : La junte centrale de statistique et les délégués de chaque ministère, 161-9.

184. Statistique des prisons italiennes pour 1868-1869-1870, 368-388, 496-512.

185. Jugements de la presse italienne et polémique, sur cette statistique, 409-425.

186. P. Nocito : Histoire d'un condamné et ses idées sur les prisons, 268-276.

187. Ces. Lombroso : Sur l'institution d'asiles pour les fous criminels (*manicomii criminali*) en Italie; mémoire lu aux séances des 25 janvier et 8 février 1872 de l'Institut lombard, 105-126.

188. Sur la fondation d'un *manicomio criminale*, 425-31, 486-8.

189. Cas de folie criminelle étudiée par les docteurs Golgi et Lombroso, 143-8.

190. Les fous criminels en Italie en 1868-1869-1870, 456-463.

191. Lombroso : Anthropométrie de quatre cents criminels vénitiens du pénitencier de Padoue, 328-336.

192. Actes du Parlement italien : Extraits relatifs aux

Digitized by Google

prisons du rapport Lacava sur le budget de l'intérieur pour 1873, 587-90, et de la discussion, séance du 19 décembre 1872, 590-605. — Question Caccia au Sénat, 17 décembre, sur la déportation, et réponse du ministre de la justice, 605-8.

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES. — 193. (Allemagne.) Sur les prisons de l'Allemagne, extraits des comptes rendus de la Chambre des députés de Berlin, 463-76.

194. Giov. Roggero : Résumé et observations sur le livre du docteur Baer, médecin de l'établissement pénal de Naugard (Berlin), et le système pénitentiaire, 346-363.

195. (Amérique.) L'administration de la justice et les prisons en Amérique, 169-75, 247-67.

196. (Angleterre.) Beltrani Scalia : Le système pénitentiaire d'Angleterre et d'Irlande, rapport au ministre de l'intérieur, 3-23, 57-76, 233-247.

197. (Danemark.) Brunn, inspecteur général des prisons de Danemark : Rapport au Congrès de Cincinnati sur le régime pénitentiaire en Danemark, 195-198, 312-327.

198. (France.) Proposition d'Haussonville à l'Assemblée et communications y relatives, rapport F. Voisin, etc., 131-43, 152-4, 198-204, 285-7.

199. Dumesnil : Sur la *Nature héréditaire du délit* de Thomson (traduction), 528-36.

200. Discours de rentrée de M. Proust, procureur général à Amiens, sur la déportation et la transportation (traduction), 608-624.

201. Lettres de M. Léon Vidal, adressées de Nice au directeur, sur divers sujets; déportation, 339-46; bibliothèques pénitentiaires en France, 449-56, etc...

CONGRÈS PÉNITENTIAIRE DE LONDRES. — 202 Lettre circulaire du docteur Wines aux comités nationaux et réponse italienne, 24-36; appel du comité italien, 217-232; réponse du comité italien aux soixante-dix questions du docteur Wines, 388-409; Meeting à New-York, 76-85. — Le comte Sollohub et le Congrès international, lettre et questionnaire en quatre-vingts articles, réponse de M. Beltrami Scalia, 85-105.

203. Fel. Cardon, directeur général des prisons en Italie : Rapport au Congrès sur l'administration des prisons italiennes, 512-528.

Digitized by Google

204. La discussion au Congrès de Londres : Lettre du directeur à M. Charles Lucas, 545-587.

205. Rapport officiel au ministre de l'intérieur par les délégués italiens (A. de Foresta et Beltrani Scalia), 297-311.

Journal pour l'abolition de la peine de mort,

par M. Pietro Ellero, Milan et Bologne, 1862-1865, 3 volumes in-8° en 12 fascicules : 15 fr., chez l'auteur, professeur à Bologne.

206. Bien que cette publication ait cessé de paraître à Bologne depuis 1866, elle n'a rien perdu de son intérêt, on peut même dire de son actualité. La question pour laquelle M. Ellero, alors professeur de philosophie du droit à l'Académie scientifique et littéraire de Milan, eut l'idée hardie et singulière de fonder exclusivement un journal, est toujours à l'ordre du jour, ce qui chez nous est *littéralement* vrai (proposition de M. Schœlcher à l'Assemblée nationale). En Italie c'est là, on le sait, qu'est le principal obstacle à l'unification de la législation pénale; la Toscane, où la peine de mort est abolie, manifeste une répugnance invincible pour son rétablissement, tandis que dans les autres parties de l'Italie son maintien est jugé nécessaire, sinon unanimement, au moins dans l'opinion du plus grand nombre.

Le titre même indique assez le but et l'esprit d'un recueil qui fut le précurseur de l'*Archivio giuridico*. Voici l'indication de quelques-uns des articles qui y furent publiés:

207. Trois lettres inédites, écrites en 1845 par le célèbre Carmignani, à propos de l'exécution à Pise de cinq criminels; sa pétition au duc Charles-Louis de Bourbon, I, 265-7; II, 147-152.

208. Carrara (successeur de Carmignani): Leçon faite à l'Université de Pise, I, 13-19, 80-9; II, 223-250. — Carmignani et la peine de mort, II, 30-46. — Un nouveau cas de tentative (dans la même action), III, 3-15.

209. Fr. Fulvio: Sur le brigandage dans les provinces napolitaines, II, 177-188.

210. E. Pessina: Théorèmes juridiques concernant la science des prisons, II, 140-156, 251-271.

211. Articles sur le duel, de M. L. Bosellini, II, 272-286; de M. G. Setti, III, 65-72; de M. G. Dragonetti, III, 387-402.

212. Voici enfin les principaux articles de M. Ellero:

Digitized by Google

(1 La prévention des crimes, I, 103-151. — 2) Origines historiques du droit de punir, I, 218-262. — 3) Le jury en Italie, I, 301-400 (sur le même sujet, C. F. Gabba, II, 376-406). — 4) *Beccaria et le droit pénal* de C. Cantù, II, 102-137). — 5) Réponse à M. Bonneville de Marsangy, II, 195-222; la lettre de celui-ci précède, 189-194. Une appréciation de son *Amélioration de la loi pénale* par M. Bosellini, est au même volume, II, 169-176. — 6) Notes critiques sur le projet de Code pénal portugais, II, 314-346, 410-437. — 7) Réfutation de l'apologie de la peine capitale faite par M. Aug. Vera, Naples 1863, III, 73-134. — 8) Sur la révision des lois pénales d'Italie, rapport au ministre de la justice, 16 avril 1863, III, 200-221. — 9) Notes critiques sur le premier livre du Code pénal italien, III, 331-41. — 10) Épilogue du journal, 406-19. M. Ellero déclare y mettre fin, non que la victoire soit obtenue, ni qu'il en désespère, mais parce qu'au rôle du journal et des individus doit succèder, selon lui, celui des associations et des masses. En attendant, le but du journal n'aura pas été manqué: la dérision qui accompagna sa naissance n'accompagnera plus celle des associations, changement notable dans lequel il a sa part.

La peine de mort sera-t-elle abolie? le sera-t-elle prochainement? Qui peut le dire? Mauvaise en elle-même et théoriquement, elle ne se maintient que par la difficulté pratique de son remplacement. Je ne saurais à ce sujet oublier l'ingénieuse comparaison d'un criminaliste italien distingué que j'avais l'honneur d'entretenir: L'impossibilité de loger à la belle étoile vous fait demeurer dans l'appartement que vous avez les plus graves motifs de quitter, tant que vous n'en avez pas trouvé d'autre.

ERNEST DUBOIS.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

1779. Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière et C°, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

Par M. Lespinasse,
Premier avocat général à la Cour de Pau.

I

PARTAGE DES BIENS COMMUNAUX.

La loi du 10 juin 1793, en permettant le partage des biens communaux, chargea l'autorité administrative de diriger l'opération matérielle du partage et de résoudre toutes les difficultés auxquelles il pourrait donner lieu. Elle ne conserva aux tribunaux que la mission de statuer sur les droits de propriété ou d'usage. Cette dérogation aux principes de la compétence était motivée par le désir de favoriser autant que possible le morcellement du domaine communal et d'attacher plus étroitement aux institutions récemment établies, la multitude des propriétaires nouveaux qu'on s'efforçait de créer.

L'intérêt politique sur lequel elle était fondée ayant disparu le plus sage serait de revenir aux tribunaux ordinaires, qui régleraient tout aussi bien que l'autorité administrative, l'estimation et le colissement ainsi que les difficultés dont ils peuvent être la source.

Le droit au partage, édicté par la loi du 10 juin 1793, fut bientôt suspendu (loi du 21 prairial an IV), à cause de l'agitation qu'il avait produite, et bien que le sursis ait été levé le 9 ventôse an XII, la jurisprudence constante du Conseil d'État a toujours considéré le droit lui-même comme désormais inapplicable.

A diverses époques, des réclamations pressantes ont été adressées aux pouvoirs publics pour arriver à la mise en culture des terrains communaux par des ventes, des baux à ferme, des concessions, à charge de défrichement et de redevances au profit de la communauté. Le deuxième empire encouragea de tout son pouvoir l'aliénation des landes communales mais sans obtenir de grands résultats.

Ces difficultés ne se présentent point quand il s'agit de partager entre des communes les biens qu'elles possèdent par

Digitized by Google

indivis. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes pour appliquer dans ce cas l'article 815 du Code civil. (V. notamment un arrêt de la Cour suprême du 13 frimaire an X.) Tel est aussi l'avis de l'administration. Une circulaire du ministre de l'intérieur, du 25 juillet 1839, commentant l'article 46 de la loi du 10 juillet 1837, suppose le droit au partage et le subordonne seulement à l'autorisation préalable du préfet qui en apprécie l'opportunité.

Le principe une fois reconnu que les communes dûment autorisées peuvent demander le partage de leurs biens indivis, que les contestations préalables sur le fond du droit doivent être vidées par les tribunaux et que le lotissement est du ressort de l'administration, il peut survenir des complication qui rendent difficile de discerner à qui revient la connaissance des difficultés élevées entre les parties.

L'espèce suivante s'est présentée naguère. Deux communes avaient voulu partager des biens qu'elles possédaient conjointement. A la suite d'un long procès, les tribunaux avaient fixé la proportion de leurs droits respectifs, laissant à l'administration le soin d'opérer la division matérielle. Les experts nommés formèrent deux lots délimités par des bornes et des points de repère. Leur travail fut unanimement accepté et converti en acte public. Lorsque les communes voulurent se mettre en possession, l'une d'elles s'aperçut que, d'après la ligne séparative tracée par les experts, il manquait à son lot une contenance considérable. Elle réclama. Le préfet s'entremit en vain pour amener un accommodement; il fallut plaider. A quelle juridiction le litige devait-il être soumis? Pour saisir l'autorité administrative, on disait: Le mode de partage, le lotissement est du ressort de l'administration. L'erreur signalée dans l'espèce est du fait des experts; c'est une opération vicieuse qu'il s'agit de rectifier. Les mesures à prendre pour aboutir à ce redressement rentrent donc dans les attributions du préfet. Pour l'opinion contraire, on répondait : Il n'est pas douteux que si, avant de s'engager par un acte à exécuter les propositions des experts, les parties avaient dénoncé l'erreur, l'autorité administrative aurait eu seule le droit de la faire vérifier et d'en opérer la rectification. Jusque-là, en effet, il n'eût été question que de compléter un travail dont elle

Digitized by Google

avait seule le contrôle. Mais après l'acceptation de l'expertise, et la passation de l'acte qui constatait le consentement réciproque, le fond du droit était définitivement fixé; chaque commune avait la propriété exclusive de son lot suivant la ligne divisoire indiquée, et la réclamation formulée par l'une d'elles tendait à modifier une obligation civile. Avant la signature du contrat, il n'y aurait eu qu'une mesure préparatoire dont la rectification serait rentrée évidemment dans les attributions de l'autorité qui l'avait prescrite. Après l'acte, il y avait titre définitif de propriété, et pour en arrêter l'effet, il fallait nécessairement recourir à l'autorité judiciaire, seule appelée par la loi à connaître des questions de propriété.

Cela paraît plus évident encore si l'on considère quelle était la nature du droit accordé par la loi à la commune réclamante. Que pouvait-elle demander? Un nouveau partage? C'est la seule hypothèse où la compétence administrative aurait pu avoir quelque apparence de raison; mais d'abord, cette apparence aurait été trompeuse, car, avant d'en venir à une nouvelle expertise, il aurait toujours fallu obtenir l'annulation du droit de propriété résultant de l'acte de partage.

En second lieu, il ne s'agissait pas d'opérer un nouveau lotissement. Le déficit allégué par la commune réclamante était l'équivalent d'une éviction. Nulle autre qualification ne lui convenait mieux; car il s'agissait de la privation partielle d'un immeuble possédé en vertu d'un acte translatif de propriété. Les conséquences de l'éviction sont réglées par les articles 884 et 885 du Code civil. Ce n'est pas un second partage, mais une indemnité pécuniaire qui est due au copartageant dépouillé. Telle est l'opinion des auteurs les plus recommandables, de Pothier dans l'ancien droit, de Dutruc et de Demolombe dans le nouveau.

Les résultats seraient identiques quant à la compétence, alors même qu'on voudrait voir dans notre espèce un cas de rescision pour cause de lésion. Aux termes de l'article 891, le défendeur à la rescision peut, en effet, se contenter d'offrir un supplément en argent.

Il n'y avait donc pas lieu à un second partage, et comme cette opération est la seule qui, d'après la loi de 93, rentre dans les attributions de l'autorité administrative, ce

Digitized by Google

n'était point à elle qu'on pouvait s'adresser. Le ministre de l'intérieur avait été, au surplus, le premier à le reconnaître et à conseiller le recours aux tribunaux; mais la question était encore agitée avec ténacité devant les juges ordinaires, et c'est avec raison qu'elle fut résolue dans le sens que nous venons d'indiquer.

II

SUR LA PRESCRIPTION DES DROITS CONDITIONNELS D'APRÈS L'ARTICLE 2257 DU CODE CIVIL.

La prescription est-elle suspendue au profit de l'hérédité, en vertu de l'article 2257 du Code civil, lorsque l'un des ayant-droit a vendu avant le partage un immeuble de la succession?

Une possession de dix ans conforme à l'article 2265 suffit-elle pour mettre en pareil cas le tiers détenteur à l'abri de tout recours, ou bien le point de départ de cette prescription ne peut-il être placé qu'à l'époque où l'indivision a pris fin?

Il est hors de doute que l'article 2257 suspendant la prescription des *créances conditionnelles* s'applique non-seulement à ce que l'on nomme *créance* dans le langage usuel, c'est-à-dire à une somme d'argent exigible en vertu d'une obligation, mais à toute espèce de droits juridiquement constatés. — Ainsi la faculté réservée au vendeur de reprendre son immeuble en faisant résoudre le contrat constitue une créance dans le sens large du mot. Mais à l'égard de quelles personnes la prescription d'une créance conditionnelle est-elle suspendue?

Dans le droit romain, la suspension avait lieu même contre les tiers détenteurs. La loi 3, § 3, au Code *De legatis et fideicom.*, portait expressément : Lorsqu'un fonds a été légué sous une condition, et qu'avant de savoir si elle se réalisera, l'héritier a eu l'imprudence de le vendre, la plus longue prescription ne dispense pas l'acquéreur de délaisser, après la condition accomplie.

L'instabilité fâcheuse que cette règle imposait à la propriété immobilière avait déterminé notre ancienne jurispru-

Digitized by Google

dence à s'en écarter; on reconnaissait aux tiers la faculté de prescrire, mais en même temps on accordait au créancier conditionnel le moyen d'interrompre la prescription en faisans constater judiciairement son droit éventuel à l'encontre du détenteur.

Le Code civil n'a point tranché la question; mais la conciliation des intérêts opposés, telle qu'il l'a trouvée établie, a paru si équitable qu'elle a été accueillie avec faveur par tous les auteurs modernes. Ils admettent tous que si, aux termes de l'article 2257, la prescription d'un droit conditionnel est suspendue, c'est uniquement entre les parties contractantes, et non à l'égard des tiers. (V. dans Sirey, t. 61, 1, 67, l'indication des nombreux commentaires sur lesquels s'appuie cette doctrine.)

Cependant la Cour régulatrice a constamment consacré une solution différente. (Voir ses arrêts de 1845 à 1846, et notamment celui que Sirey rapporte tome 58, 1, 398, et la note pleine d'intérêt qui l'accompagne.)

Son système est simple et net.

On est forcé de reconnaître que, dans l'hypothèse d'un empêchement absolu d'agir, le créancier ne pourrait sans injustice être atteint par la prescription, et que la maxime : « Contra non valentem agere non currit prescriptio » est trop conforme à la raison et à la conscience pour qu'on puisse ne pas en tenir compte. (V. Troplong, *Prescription*, 2, n°s 395 et suiv.)

Quel texte du Code a formulé ce principe? Aucun autre que l'article 2257 : il faut donc l'appliquer tel qu'il est sans y introduire des distinctions arbitraires. Donc, toutes les fois que l'action du créancier est tenue en suspens par une condition, la prescription ne peut courir. On oppose au créancier qu'il pourrait intenter une action en reconnaissance de son droit éventuel; mais la loi ne lui impose pas cette obligation : elle veut au contraire que la nature du droit suffise pour le protéger, et il serait étrange que toutes les suspensions énumérées dans la même section du titre 20 du Code civil, s'appliquant aux tiers aussi bien qu'aux parties contractantes, il y eût exception pour celles-ci.

La doctrine de la Cour suprême semble donc appelée à rallier tôt ou tard toutes les dissidences.

Digitized by Google

Mais il est des situations particulières où l'application de cette théorie présente des nuances délicates qu'il faut savoir saisir sous peine de tomber en de graves erreurs.

Un cohéritier vend un immeuble de la succession. L'acquéreur possède sans trouble et avec bonne foi durant dix années; les autres héritiers peuvent-ils le contraindre à déguerpir en lui disant : La prescription n'a pu courir contre nous tant que le partage n'avait pas été opéré, car jusque-là il était incertain si la vente serait nulle ou valable. Elle devait tenir dans le cas où l'immeuble écherrait au vendeur; elle n'aurait été nulle que dans l'hypothèse contraire. Il y avait donc jusqu'au partage incertitude, et par suite suspension du droit que nous pouvions avoir contre vous; donc la prescription n'a pu courir à notre préjudice.

Pour répondre à l'objection, il faut distinguer les situations diverses dans lesquelles elle peut se produire.

Un fils de famille vend un immeuble appartenant à son père sans avoir été investi par celui-ci d'aucun droit de propriété; évidemment l'acheteur de bonne foi commence à prescrire du jour même de la vente. Aucune suspension ne pourra être invoquée contre lui, car le père pouvait à tout instant demander la nullité de l'aliénation, et ses héritiers l'ont pu comme lui à partir de son décès.

Le cohéritier vendeur était-il nanti de l'immeuble par une donation entre-vifs émanée de son auteur, la vente subsistera sans doute, en vertu de l'article 860 du Code civil, si l'héritier n'est tenu que d'un rapport fictif, c'est-à-dire s'il n'a reçu qu'une valeur égale à son lot; mais si le don excède la quotité disponible, ni la vente ni la plus longue possession avant l'ouverture de l'hérédité ne pourront affranchir le tiers détenteur de l'obligation de rendre. Il n'a pu prescrire contre le droit des héritiers subordonné à la condition du décès de leur père.

Enfin, le cohéritier a-t-il aliéné depuis que la succession est ouverte, on pourrait soutenir que la vente est nulle comme portant sur la chose d'autrui, et invoquer l'article 2209, qui ne permet pas de faire vendre un immeuble héréditaire avant qu'il ait été procédé au partage. Mais en admettant qu'elle fût valable, l'acquéreur de bonne foi commencerait certainement à prescrire du jour de son acte, car,

Digitized by Google

selon les termes très-juridiques d'un arrêt de Bastia (S. 57, 3, 666), la vente ne modifie en rien les droits des cohéritiers : ils peuvent provoquer le partage dès qu'ils le jugent convenable, et ce partage doit comprendre l'immeuble vendu comme s'il n'avait pas été aliéné. Il n'y a donc à leur détriment aucune impossibilité d'agir, et par suite il n'existe en leur faveur aucune suspension de la prescription.

H. LESPINASSE.

DE LA QUESTION MONÉTAIRE EN 1873.

Par M. Serrigny,
Doyen honoraire de la Faculté de droit de Dijon,
Membre correspondant de l'Institut.

On sait qu'il a été fait, en 1870, devant le conseil supérieur du commerce, de l'agriculture et de l'industrie, une *enquête sur la question monétaire*, dont les procès-verbaux ont été publiés, en 1872, en deux volumes grand in-4°.

Cette enquête, suivie des délibérations du conseil supérieur, jette une vive lumière sur les questions soumises à ce conseil, et qui étaient au nombre de cinq, réductibles à trois, savoir :

« 1° Y a-t-il lieu de conserver le double étalon d'or et « d'argent, ou doit-on adopter l'étalon unique de l'or?

« 2° Y a-t-il utilité, au point de vue de l'unification monétaire, que la France fasse fabriquer des pièces d'or de « 25 francs?

« 3° En cas d'affirmative sur l'adoption de l'étalon unique « d'or, la pièce de 5 francs en argent doit-elle disparaître « entièrement de la circulation métallique française? Doit-« elle être frappée à un autre degré de fin, ou laissée en circulation sous certaines conditions lui ôtant son caractère « de monnaie normale à cours illimité? »

La question de l'unification des monnaies entre les principales nations civilisées est l'un des plus importants problèmes à résoudre pour les progrès à réaliser dans les rapports internationaux. Aujourd'hui que la télégraphie électrique et la vapeur ont rapproché les nations et multiplié les relations commerciales, il serait extrêmement utile pour la France et

Digitized by Google

les nations qui sont à la tête du commerce d'avoir une monnaie commune.

Cette unité monétaire simplifierait les opérations du change entre les vendeurs et les acheteurs. Elle profiterait aux voyageurs qui ne seraient pas obligés de subir des changements de monnaie, toujours onéreux, en sortant des limites du territoire de chaque État. Elle mettrait les producteurs et les consommateurs de chaque nation en mesure de se rendre compte des prix des différents marchés internationaux, sans avoir besoin de se livrer à des calculs de conversions de monnaies qui, dans l'état de choses actuel, ne peuvent être bien faits que par les hommes accoutumés à ce genre d'opérations.

Un premier pas dans cette voie a été fait par la convention monétaire en date du 23 décembre 1865, entre la France, la Belgique, l'Italie et la Suisse, convention mise en vigueur chez nous par la loi du 14 juillet 1866. Par cette convention, les quatre parties contractantes s'engagent à ne fabriquer d'autres pièces d'or que celles des types actuels, au titre de 900 millièmes de fin. Ces monnaies d'or, comme chacun le sait, sont, en vertu de la loi du 7 germinal an XI, dans le rapport avec nos pièces de 5 francs en argent, comme 1 est à 15 et demi. Le titre de ces pièces de 5 francs qui n'est point changé, reste également, quant à présent, à 900 millièmes de fin.

Quant aux pièces d'argent de 2 fr., 1 fr., 0 fr. 50 et 0 fr. 20, elles sont fabriquées au titre de 835 millièmes de fin, au lieu de 900 millièmes, et chaque État ne peut en émettre que dans la proportion de 6 francs par habitant. Ces nouvelles pièces d'argent n'ont cours légal entre les particuliers que comme monnaie d'appoint, et seulement jusqu'à concurrence de 50 francs pour chaque payement.

Ceci posé, revenons à l'examen des questions soumises aux déposants entendus dans l'enquête de 1870.

PREMIÈRE QUESTION.

Y a-t-il lieu de conserver le double étalon d'or et d'argent, ou doit-on adopter l'étalon unique de l'or ?

Cette question est des plus délicates, et les réponses des

Digitized by Google

témoins entendus dans l'enquête ont été différentes. Cependant le plus grand nombre ont été d'avis d'adopter l'étalon unique.

On disait en faveur du double étalon : Il n'y a pas assez d'or dans le monde entier pour se passer de la monnaie d'argent. Le produit annuel des mines d'or, qui a lieu surtout par celles de l'Australie et de la Californie, tend à diminuer. L'emploi de l'or aux objets de luxe et le frai ou l'usure de ce métal s'opposent à son extension en quantité suffisante pour les besoins monétaires des nations commerçantes.

Ce qui prouve que la somme totale des métaux monétaires, l'or et l'argent, n'est pas excessive, c'est l'immense quantité de papier fiduciaire fabriquée dans la plupart des grands États, tels que la France, l'Autriche, la Russie, l'Italie, où le cours forcé des billets de banque ne peut pas être supprimé.

Le double étalon prévient les crises monétaires ou les rend moins intenses, ainsi que cela résulte de ce qui s'est passé en France et en Angleterre depuis l'année 1816, où celle-ci a choisi l'or comme étalon unique jusqu'à nos jours. Il est naturel de penser que plus le réservoir métallique d'une nation est considérable, et moins vite il est épuisé.

Ce double étalon a servi à la France pour traverser la crise amenée par l'indemnité colossale de 5 milliards à elle imposée par le résultat de la guerre, non compris au moins 500 millions pour intérêts, frais de transport d'espèces et droits de change. Si nous n'avions pas eu à notre disposition le double étalon, il est permis de croire que nous n'aurions pas pu nous libérer avec autant de facilité.

Outre son utilité pour les payements à l'intérieur, notre monnaie d'argent en a encore une autre pour les payements à faire en Orient, où l'argent est préféré à l'or. C'est le réservoir où les Anglais, qui font le plus grand commerce avec les Indes Orientales et la Chine, viennent puiser pour solder leurs achats de thé et d'autres denrées.

La conséquence de ce qui précède serait que nous avons bien fait, nonobstant les dépositions de la majorité des témoins entendus dans l'enquête de 1870, de ne pas démonétiser nos pièces de 5 francs en argent.

Ajoutons que tant que les billets de la Banque de France auront cours forcé, la question de l'étalon double ou simple,

Digitized by Google

qui paraissait offrir tant d'intérêt avant la guerre, en offre moins aujourd'hui que la monnaie fiduciaire a fait fuir ou cacher les monnaies d'or ou d'argent.

Enfin, si nous consultons l'histoire, nous voyons que, depuis les temps les plus reculés, les nations civilisées ont admis le double étalon jusqu'à l'année 1816, où l'Angleterre a donné la préférence à l'étalon unique de l'or, et nous ne voyons pas que ces nations aient été incommodées par le concours de l'argent, ni que cette espèce de monnaie ait été avilie. Nous savons que l'or et l'argent ont toujours passé des mains des peuples oisifs qui les récoltaient, tels que les Espagnols, maîtres du Pérou et du Mexique, aux mains des nations laborieuses, telles que les Anglais, les Français et les Hollandais. Et cependant l'or était, dans l'empire romain, plus abondant dans son rapport avec l'argent qu'il ne l'est de nos jours : car on voit partout dans le Code Théodosien l'or mentionné comme la monnaie courante et usuelle. Aussi l'empereur Aurélien disait-il qu'il y avait plus d'or que d'argent dans la nature, parce que l'on en employait davantage en feuilles, en tissus, en dorures, ce qui en faisait une consommation plus grande que celle de l'argent. (V. mon ouvrage sur le *Droit public et administratif de l'empire romain*, n° 879.)

Voici maintenant les raisons qui nous portent à préférer, pour l'avenir, l'étalon unique d'or au double étalon de l'or et de l'argent.

C'est le seul moyen d'arriver à l'unification des monnaies, but auquel tendent la plupart des nations commerçantes. Nous avons dit que l'Angleterre n'admet, depuis 1816, que l'étalon unique de l'or, et malgré toutes les crises financières qui ont éclaté chez elle depuis cette époque, l'opinion publique est restée favorable à ce système qu'il serait impossible de lui faire abandonner.

Cette préférence repose sur des raisons nombreuses. Le double étalon actuellement établi en France par la loi du 7 germinal an XI est basé sur une fiction qui suppose le rapport légal des deux métaux entre eux comme 1 est à 15 1/2 ou 15,50, mais il résulte de la déposition si remarquable de M. Feer-Herzog, entendu dans l'enquête de 1870, qu'aussitôt que le rapport résultant des cotes de la bourse descend au-dessous de 15,58, l'argent s'en va avant

Digitized by Google

qu'il arrive au chiffre de 15,50, et qu'il revient aussitôt qu'il se rapproche du rapport de 15,58. Il ajoute :

« Cette observation prouve combien le double étalon est une chose délicate. Presque partout les deux étalons ont été liés par un tarif légal, mais presque partout l'un des deux a fini par expulser l'autre, et l'étalon simple s'est établi de fait.

« C'est pour cette raison que le double étalon est appelé étalon alternatif. Sa règle est de ne jamais mettre les deux métaux simultanément à la disposition du public, mais alternativement l'un ou l'autre, c'est-à-dire toujours celui qui est le plus déprécié. Le débiteur n'a donc pas toujours la faculté de payer avec l'un ou l'autre ; il est obligé de payer avec celui qui forme la circulation monétaire. Avec le double étalon, la coexistence prolongée des deux métaux est illusoire ; dans la réalité on n'en a qu'un, toujours celui qui vaut moins que l'autre, relativement à leur rapport légal. »

La vérité de cette règle générale qu'une circulation monétaire ou fiduciaire de moindre valeur chasse celle dont la valeur est supérieure, se voit aujourd'hui d'une manière évidente dans les pays où le cours des billets de banque, ou le papier monnaie, est rendu obligatoire. C'est ce qui se passe maintenant en France, en Italie, en Autriche, en Russie, où les monnaies métalliques obtiennent une prime sur les valeurs de papier. Cette prime varie selon les besoins du moment.

L'unification monétaire n'est pas possible avec le double étalon, parce que celui-ci accorde au débiteur un droit qu'il refuse au créancier, c'est-à-dire celui de se libérer avec la monnaie la plus faible à l'époque du payement.

C'est surtout dans les *obligations* à long terme, comme celles des compagnies de chemins de fer et autres sociétés de longue durée, que le double étalon offre le plus de danger. Aussi est-ce dans la prévision de l'abaissement des capitaux que les obligations d'un produit annuel de 15 fr., ordinairement souscrites à 300 fr. de capital, sont remboursables à 500 fr.

Depuis l'enquête de 1870, il est arrivé des événements considérables qui viennent s'ajouter à l'opinion de la majorité des témoins, et qui doivent faire pencher la balance en leur faveur.

Digitized by Google

Le système métrique a dépassé les limites de notre territoire ; l'Angleterre et les États-Unis d'Amérique l'ont rendu facultatif pour leurs nationaux. L'Empire d'Allemagne l'a adopté sans restriction, à titre obligatoire. D'après les résolutions de la convention internationale réunie à Paris, on prend comme point de départ, pour l'unité de mesure, le mètre des archives, tel qu'il y a été déposé le 18 germinal an III. Même décision est arrêtée pour l'unité de poids : il est décidé, dit le rapport de la commission, que le kilogramme international se déduira du kilogramme des archives dans son état actuel.

Les Etats-Unis d'Amérique viennent de faire une loi monétaire (en 1873), qui est considérée comme un pas en avant vers l'unification internationale des monnaies. La Suède et la Hollande modifient leur législation pour arriver au même but.

Aux États-Unis, le poids des pièces d'or n'a pas été changé ; mais on admet la pièce d'un dollar comme formant la base de la circulation.

Le rapport de l'or à l'argent a été changé. L'acte de 1873 fixe le poids du dollar d'argent à 25 grammes, ce qui est exactement le poids de notre pièce de 5 francs en argent.

L'argent sous forme de demi dollar et de quart de dollar n'est pas considéré comme monnaie légale obligatoire au delà de 5 dollars.

Le Reichstag vient également d'adopter en troisième lecture une nouvelle loi monétaire pour l'Allemagne du Nord, loi qui semble complétement inspirée par notre enquête monétaire de 1870 ; de telle sorte que l'Empire allemand, après nous avoir enlevé notre or à titre d'indemnité de guerre, a rendu une loi qui consacre l'étalon unique de ce métal, et qui aura pour résultat de le garder et de faire rentrer l'argent en France, si la France conservait le double étalon de l'or et de l'argent. Désormais il n'y aura plus en Allemagne ni florin ni thalers ; il n'y aura que le marc, qui vaut 1 fr. 25 de notre monnaie, et l'étalon du nouveau système sera l'étalon d'or. « Personne, d'après l'article 8 de la loi, n'est « obligé d'accepter en payement des monnaies d'argent pour « une somme supérieure à 20 marcs, ni du billon pour plus « de 1 marc. »

Digitized by Google

Par conséquent, l'or est le seul étalon légal, et l'argent n'est admis dans la loi que pour faciliter les rapports du petit commerce, de la vie journalière et des petites sommes.

D'après cela, il est manifeste que si l'or est adopté comme étalon unique aux États-Unis d'Amérique, dans l'Allemagne du Nord et dans d'autres États de l'Europe, comme il l'était depuis longtemps en Angleterre, l'argent se réfugiera dans les États qui conserveront le double étalon après que le cours forcé des billets de banque aura cessé. La France a donc un intérêt évident à faire comme les autres, c'est-à-dire à supprimer son double étalon et à ne conserver que l'étalon d'or, quand elle supprimera le cours forcé des billets de banque.

DEUXIÈME QUESTION.

Y a-t-il utilité que la France, au point de vue de l'unification monétaire, fasse fabriquer des pièces d'or de 25 francs ?

L'affirmative de cette question me semble évidente, et j'ai peine à comprendre comment elle a soulevé tant de difficulté dans l'enquête de 1870.

Un point important, bien qu'il n'en ait pas été question dans l'enquête, si ce n'est dans une lettre très-courte de M. Magne, c'est qu'il vaut mieux procéder, en cette matière, par voie de bonne entente avec les puissances étrangères, que par voie de convention. Les traités de commerce ou les conventions analogues enlèvent toute liberté à ceux qui les ont souscrits, quand ils veulent modifier leur législation intérieure. Nous l'avons bien vu tout récemment quand M. Thiers a voulu établir un impôt de 93 millions sur les matières premières. Cette somme a été inscrite comme recette dans le budget de 1873; mais elle y est à peu près restée comme une lettre morte, dans l'impossibilité d'obtenir le consentement des nations avec lesquelles la France s'était liée par ses conventions de libre échange.

En conséquence, il vaut mieux dire aux gouvernements étrangers : Nous allons frapper des pièces d'or de 25 francs, afin de nous rapprocher de votre système monétaire. De votre côté, faites un pas vers nous, et nous arriverons de la sorte à

Digitized by Google

l'unification du type monétaire, qui sera notre pièce d'or de 25 francs au titre de 900 millièmes de fin.

L'émission de ces pièces de 25 francs ne saurait avoir aucun inconvénient pour la France, puisqu'elles s'encadreront dans son système monétaire sans occasionner aucune perte. Il serait toujours facile de s'arrêter dans cette voie si l'expérience prouvait que l'essai n'a pas réussi, ce qui me semble devoir être impossible.

Ces pièces de 25 francs s'accorderaient aisément ou se rapprocheraient des monnaies d'or suivantes :

1° La pièce de 20 marcs de l'Allemagne du Nord qui vaut 25 francs;

2° Le souverain anglais qui vaut 25 fr. 21 quand il est droit de poids. La différence est si petite que les Anglais la pourront réduire, surtout quand le calcul décimal sera entré dans leurs habitudes;

3° Les États-Unis d'Amérique ont le dollar d'or, qui vaut 5 fr. 18, et le demi-aigle de 25 fr. 91; ils viennent de faire un grand pas vers nous dans leur monnaie d'argent, puisque leur dollar d'argent est égal à notre pièce de 5 francs; il ne leur coûterait guère de réduire un peu leur monnaie d'or afin de converger dans le centre de 25 francs qui serait l'unité commune;

4° La Russie a le ducat de 11 fr. 78, dont le double est de 23 fr. 36;

5° L'Autriche a également le ducat d'or qui vaut 11 fr. 86, et dont le double est 23 fr. 72;

6° L'Espagne a le doublon qui vaut 25 fr. 99.

On voit, par ce qui précède, que la France, en frappant des pièces d'or de 25 francs, ferait un grand pas vers l'unité monétaire internationale sans faire échec à son système actuel.

TROISIÈME QUESTION.

En cas d'affirmative sur l'adoption de l'étalon unique d'or, la pièce de 5 francs en argent doit-elle disparaître entièrement de la circulation métallique française? Doit-elle être frappée à un autre degré de fin, ou laissée en circulation sous certaines conditions lui ôtant son caractère de monnaie normale à cours illimité?

Il me semble certain que l'adoption de l'étalon unique de

Digitized by Google

l'or n'entraîne pas pour conséquence la démonétisation absolue de la pièce de 5 francs en argent. Les nations qui ont établi ce régime ont toutes conservé une monnaie d'argent analogue à notre pièce de 5 francs. Il arrive seulement que cette monnaie n'a pas un cours illimité, et qu'elle ne sert que comme monnaie d'appoint. C'est le rôle qu'elle devrait conserver chez nous.

Devrait-on simplement en suspendre la fabrication, comme plusieurs témoins l'ont proposé ? Cette mesure serait un provisoire qui ne ferait que reculer la difficulté, et cette pièce d'argent serait toujours un obstacle à l'unification monétaire ; les créanciers étrangers qui auraient des lettres de change à toucher en France auraient toujours à craindre de recevoir leur payement en argent.

On devrait, je pense, fixer un maximum à livrer dans chaque payement, ainsi que cela se pratique chez plusieurs des nations qui ont adopté l'or comme étalon unique. C'est la conséquence qui découle naturellement du principe. On dirait, par exemple, que tout créancier ne sera pas obligé de recevoir en chaque payement plus de 100 fr. ou de 50 fr. en argent.

Devrait-on conserver à notre pièce de 5 fr. son degré actuel de fin, c'est-à-dire 900 millièmes, ou bien faudrait-il la réduire à 835 millièmes, comme le sont nos pièces d'argent inférieures en vertu de la loi du 14 juillet 1866 ? J'ai critiqué cette réduction dans le *Journal des Économistes*, numéro de septembre 1866, p. 395, etc., et je serais inconséquent avec moi-même si, aujourd'hui, je proposais d'étendre la même mesure aux pièces de 5 fr.

A mon avis, il faudrait faire comme les États-Unis et l'Allemagne du Nord viennent de faire en cette même année 1873, c'est-à-dire conserver à notre pièce de 5 fr. ses 9 dixièmes de fin ; autrement nous ferions une altération de monnaie dans le genre de celles que faisaient nos anciens rois, et nous nuirions à tous les créanciers antérieurs qui ont contracté sous la foi de la législation ancienne, et auxquels l'article 1895 du Code civil permettrait d'offrir cette faible monnaie jusqu'à concurrence de la proportion qui serait fixée par le nouveau législateur. Ce serait aussi un moyen indirect de faire augmenter le prix de toutes les choses qui sont dans le commerce.

Digitized by Google

Nous ne pourrions pas, d'ailleurs, opérer ce changement tant que durera la convention monétaire du 23 décembre 1865, c'est-à-dire jusqu'au 1er janvier 1880, sans avoir obtenu le consentement de nos coassociés. Il est vrai que nous en aurions besoin également pour frapper des pièces d'or de 25 fr. Ce consentement ne semblerait pas devoir faire la moindre difficulté, car nos associés auraient le même intérêt que nous : et ce changement paraît si peu devoir nuire à leurs intérêts que, dans l'enquête de 1870, il n'a pas même été fait mention de la nécessité d'obtenir cet accord, dans le cas où la France voudrait frapper des pièces d'or de 25 fr. Mais la réduction du dégre de fin de nos pièces de 5 fr. en argent serait une mesure capitale, qui pourrait bien, si elle était admise en principe chez nous, susciter des réclamations de la part des parties à la convention de 1865.

Avant la guerre de 1870, M. le baron de Rothschild évaluait notre stock monétaire en argent de 15 à 1,600 millions. D'autres déposants l'évaluaient à une somme inférieure. Ce stock embarrassait les partisans de l'étalon unique de l'or, et l'on se demandait comment nous pourrions nous en débarrasser sans éprouver une perte trop considérable. Je pense qu'aujourd'hui nous ne devons plus avoir les mêmes craintes, et que le payement de notre indemnité de guerre a dû nous enlever une partie de ce trop-plein. Quant au surplus, s'il y avait un excédant après la cessation du cours forcé des billets de banque, ce qui me paraît douteux, bien que possible, à raison de la grande quantité qui se trouve encore dans les caves de la banque, il trouvera également son emploi soit dans la circulation intérieure, soit dans les payements à faire dans les Indes Orientales, dans la Chine et au Japon. Les craintes de pertes considérables à subir de ce côté me semblent avoir peu de fondement. Cet argent sera, au contraire, un moyen de faciliter la reprise des payements en espèces, et de faire cesser plus promptement le cours forcé des billets de banque. SERRIGNY.

Digitized by Google

QUESTIONS

CONCERNANT

LA NATIONALITÉ DES HABITANTS DE L'ALSACE-LORRAINE.

(*Suite*[1].)

Par M. Robinet de Cléry,
Ancien procureur général, avocat à la Cour d'appel de Besançon.

N° III. Quid *si une femme alsacienne ou lorraine a un mari né dans une autre partie de la France?*

Cette supposition est l'inverse de celle qui vient d'être discutée, et, malgré la diversité des circonstances dans lesquelles elles se produisent, quelques principes communs se rencontreront. Ils en faciliteront l'examen.

Le traité d'annexion a pu trouver les époux établis, soit dans un des départements qui nous ont été conservés, — soit dans ceux qu'il nous enlevait, — soit à l'étranger ou même hors d'Europe.

1° Dans le premier cas, l'opinion serait peut-être assez généralement prédisposée à tenir la femme pour Française, car elle l'était lors de sa naissance, elle l'était aussi par son mariage, et il subsiste. A ces titres s'ajoute celui que semble lui attribuer son domicile actuel. Il paraîtra assez peu rationnel de lui refuser une qualité, dont elle fût demeurée investie sans conteste, si elle eût été issue de famille étrangère, ou native de Berlin, de Dresde, de toute autre ville allemande, de tout autre État limitrophe ou lointain. Défions-nous toutefois de ces impressions. La naissance en Alsace ou en Lorraine entraîne des conséquences qu'elle n'aurait pas eues dans un pays dont l'extranéité remonterait à une autre époque. Confondre ces situations serait se faire illusion et se préparer des regrets.

Ils ne seraient probablement pas ménagés à celles qui, mariées à des habitants de l'intérieur de la France et s'y étant fixées, se seraient persuadé n'avoir pas à opter. Si nos conseils leur parvenaient, ils les engageraient à recouvrer, au plus

[1] Voir *Revue*, livraisons de mars, avril et juin 1873.

Digitized by Google

vite, par les voies légales, une nationalité sérieusement compromise.

2° Le sera-t-elle en pays annexé, lorsqu'il n'y aura pas été procédé comme le recommandait la circulaire du 30 mars 1872?

Pour les autorités locales, qui n'en avaient aucun souci, elle était lettre morte. Son auteur l'avait pressenti. La partie de ce document officiel relative aux « formes de la déclaration » ne le dissimulait pas. Il y était reconnu et posé en principe « que les autorités allemandes étaient seules compétentes pour en déterminer les conditions ».

Des disparates en sont résultées. Elles étaient inévitables et les exemples en seraient nombreux. Citons-en un.

Devant le fonctionnaire prussien chargé de recevoir, à Metz, les déclarations des optants, se présentent ensemble mari et femme. Native du territoire détaché, celle-ci venait opter pour son propre compte; celui-là, originaire de Nancy, comparaissait pour assister la déclarante conformément aux instructions de M. le garde des sceaux, et ils se proposaient de les observer ponctuellement. Or ce n'est pas ainsi que l'entend l'administrateur venu de l'étranger et en ayant importé les usages. A ses yeux le choix n'est régulier qu'autant qu'il est l'œuvre du chef de famille. Celui-ci, bien que Nancéen, a figuré seul dans l'acte dont le libellé était invariable. De la femme il n'a été fait nulle mention. Réduite à un rôle effacé, elle n'est pas intervenue et n'a pas signé.

Sa non-comparution ainsi expliquée n'amoindrit en rien l'efficacité de la démarche faite collectivement. *Locus regit actum.* Les errements locaux ayant été suivis, la nationalité, qu'ils avaient en vue de garantir, ne saurait être en péril.

Remarquons néanmoins qu'il n'est pas resté trace des explications verbalement échangées. La chicane n'aurait-elle pas, quelque jour, prétexte pour contester la régularité d'agissements qu'elle interpréterait comme impliquant de la part de la femme abstention et de la part du mari un dire surabondant?

Le refus d'admettre à option celle qui aurait eu pour la faire aptitude exclusive, suivant la doctrine la plus accréditée, a pu, en des circonstances analogues, être considéré comme un déni des promesses du traité. Si des esprits mé-

Digitized by Google

fiants, irrités ou prévenus y ont vu une résistance arbitraire, si l'absence du mari n'a pas permis de recourir à l'expédient mis en pratique à Metz pour lever cette difficulté imprévue, si, nonobstant la forclusion encourue à l'expiration des délais, l'exception résultant d'empêchement de force majeure est invoquée, plus tard, devant la justice française, accessoirement à d'autres procès rentrant dans les limites de ses attributions, elle prononcera sans les outre-passer, mais non sans éprouver quelque embarras en présence d'assertions probablement contradictoires. Tous renseignements parvenus au gouvernement sur ce qui se pratique dans les deux provinces depuis leur séparation auraient pour le magistrat un véritable intérêt.

3° Une stricte application des obligations uniformément imposées aux originaires de ces mêmes provinces, en quelque partie de l'Europe ou du monde qu'ils se soient trouvés établis, ne sera pas toujours facile à concilier avec le principe de droit commun, d'après lequel l'impossibilité absolue de remplir une condition met à l'abri de la forclusion stipulée comme sanction pénale. Ne serait-il pas bien rigoureux de déclarer déchues de tout droit d'option des Françaises qui n'en auraient pas usé parce qu'elles n'auraient pas eu à l'étranger les moyens de le faire valablement? Dépourvues d'autorisation maritales ou judiciaires, plusieurs justifieraient ainsi leur inaction. L'éloignement aurait créé des obstacles que des circonstances particulières auraient rendues insurmontables. Il en serait résulté des incapacités accidentelles tout à fait indépendantes de la volonté.

Ces procès en germe et la plupart des difficultés qui successivement se découvrent, ne se laisseraient pas entrevoir, s'il n'avait été dérogé à l'article 2 du traité du 10 mai 1871 par l'annexe du 11 décembre suivant[1]. L'expérience prouvera combien la convention primitive était préférable. A une disposition simple, précise et claire, est substitué un système compliqué. Il subordonne la nationalité au hasard de la naissance survenue sur un territoire qui n'appartenait pas encore au conquérant et n'était alors l'objectif ni de ses prétentions ni même de ses convoitises avouées.

[1] Voir ci-dessus p. 217 et suiv.

Digitized by Google

L'Empire d'Allemagne, autorisé à compter au nombre de ses sujettes celles qui, ne l'étant ni par leurs familles ni par leur mariage, demeuraient, lors de l'annexion, hors du pays que s'est approprié cet Empire, aura ainsi donné au *jus soli* une extension bien peu conforme aux traditions du passé [1]. Elle sera très-souvent en désaccord avec la possession d'état. Inopinément révélée, elle occasionnera maints froissements et apportera dans les intérêts particuliers de graves perturbations.

L'aperçu qui vient d'être donné permet d'apprécier l'importance de la faculté d'option. Elle n'existe plus pour la plupart des intéressés, mais elle est prorogée, jusqu'au 1er octobre 1873, en faveur des individus, originaires des territoires cédés, qui résident hors d'Europe (art. 1er de la convention additionnelle du 11 décembre 1871). Pendant trois mois encore ils peuvent réclamer le bénéfice de cette disposition spéciale qui régit également l'Algérie et les colonies. Elle profiterait à ceux mêmes de leurs habitants dont l'établissement serait de date récente. *Favores ampliandi!*

N° IV. Quid *si mari et femme sont Alsaciens-Lorrains?*

Supposons maintenant deux époux nés en Alsace ou en Lorraine. Quelles règles auront-ils à suivre en ce qui concerne : 1° l'option, et 2° l'émigration forcée?

1° Option. — Si elle est l'œuvre exclusive du mari, suppléera-t-elle au silence de la femme? — Celle-ci sera-t-elle présumée y avoir concouru quand elle ne l'aura pas désavouée? — — Est-il nécessaire que, simultanément ou séparément, l'un et l'autre fassent une déclaration distincte?

Dans tous pays où le délai supplémentaire peut encore être utilisé, les deux conjoints devront en user largement et ne pas avoir scrupule de réitérer cette patriotique manifestation. Ils la feront, s'ils sont bien conseillés, chacun en son propre nom et le mari procédant, en tant que de besoin,

[1] D'après les anciens publicistes ou jurisconsultes, l'indigène d'un pays conquis ou cédé n'en partageait le sort qu'autant qu'il l'*habitait*. Quant au *jus soli* subsistant dans quelques États européens et fort critiqué comme étant une épave du régime féodal, il suppose que le territoire où un enfant a reçu le jour appartenait dès auparavant au souverain dont cet enfant devient le sujet.

Digitized by Google

pour tous deux. Mieux vaut multiplier les sûretés que de donner prétexte à des contestations inattendues.

En Europe, les choses ne sont plus entières. Il n'est donc pas hors de propos de discuter les éventualités susceptibles de mettre en question l'étendue de l'option du chef de famille.

Profitera-t-elle à la femme qui, sans s'y être associée au moment où elle a eu lieu, n'a laissé apparaître aucune intention contraire?

Tout exercice de droits inhérents à la nationalité française, toute demande les ayant pour objectifs équivaudront-ils, de la part de la femme, à la confirmation de ce choix et le rendront-ils irrévocable?

Les héritiers, les représentants, les ayants droit de cette femme seraient-ils écoutés, elle-même le serait-elle, s'ils critiquaient l'option et si, alléguant qu'elle n'y aurait pas personnellement participé, ils prétendaient l'invalider?

Rien n'autorise aujourd'hui à pressentir ces affligeants débats. Ils seraient en complet désaccord avec le sentiment qui domine dans les deux provinces comme dans toute la France. Aucune de nos compatriotes ne répudierait l'acte qui lui aurait conservé sa patrie. Mais les droits, les biens, les intérêts se déplacent, les héritages se transmettent. Au cours de procès dans lesquels des parents, des cessionnaires, des successeurs à titre universel ou particulier seraient engagés, des incidents pourraient être soulevés par ceux qui auraient intérêt à une application des lois de l'Allemagne ou à un renvoi devant ses juridictions.

La prévision, même éloignée, de semblables complications appelle l'attention du jurisconsulte sur les effets légaux de l'option que le mari seul aurait faite.

Si quelques doutes se présentent à l'esprit, ils prennent leur source dans l'exagération d'un principe vrai.—Un époux n'étant pas le maître de disposer du sort de l'autre en matière aussi grave, il semble assez rationnel de restreindre à la personne de l'optant les effets de la faculté dont il aura ainsi usé. — L'objection est sérieuse, et cependant il lui sera justement répondu que la femme ne change pas de nation en bénéficiant de l'acte isolé du mari, et qu'au contraire il maintient en elle une situation préexistante.

Digitized by Google

Éminemment conservateur, il met hors d'atteintes la nationalité qu'elle avait en naissant, qu'à toute époque elle avait conservée, et qu'elle avait assurée, à un titre nouveau, en se mariant avec un compatriote.

En réalité l'absence de toute protestation implique que nulle part l'option maritale n'a excédé les pouvoirs de celui qui l'a faite. Il n'y a pas eu volonté imposée, mais mandat tacite accompli et ratifié. Le choix émanant du libre arbitre de chacun a conservé ainsi son caractère *individuel*. L'époux comparant n'a pas innové, et, sauf la translation de domicile qui rentrait dans son droit incontesté, les choses sont restées ce qu'elles étaient auparavant.

Combien ces considérations n'acquièrent-elles pas de force lorsque l'on voit, en pays messin et, suivant toute apparence, dans le reste du territoire annexé, l'administration allemande admettre exclusivement le mari à opter. Si donc, par un scrupule outré, nos tribunaux ne réputaient pas Française celle qui n'aurait pas comparu en personne devant le fonctionnaire compétent, elle pourrait se trouver absolument sans patrie, parce qu'elle ne remplirait pas les conditions exigées au delà de notre frontière.

La possession d'état a aussi un grand poids. Celle de l'optant lui est commune avec sa femme, qui participe comme lui aux bienfaits départis par nos lois à nos nationaux. La jouissance qu'elle en a eue témoigne de son assentiment. Elle approuve la déclaration faite hors sa présence lorsquelle en recueille les avantages, et surtout lorsqu'elle revendique des droits qui en sont la conséquence directe et légitime.

Aujourd'hui que cette implicite adhésion a duré neuf ou dix mois ou plus, à quoi servirait de manifester une tardive dissidence? En France, où toute réclamation aurait eu pleine liberté de se produire, tenons pour acceptée sans réserve une nationalité continuée pendant ce laps de temps. Elle est définitivement reconnue; elle ne dépend plus de l'intérêt ni du caprice. De quelque façon qu'elle vînt à être après coup contestée, le fût-elle au nom de la femme, la solution serait la même.

Appréciant l'hypothèse inverse, demandons-nous ce qui résulterait de l'abstention de deux époux alsaciens ou lorrains de naissance?

Digitized by Google

Le mari serait forclos. Il faudrait des circonstances fort rares et tout à fait exceptionnelles pour le mettre à l'abri de la déchéance.

La femme en serait également atteinte si elle avait habité, avec lui ou sans lui, l'intérieur de la France. Elle y aurait eu, en effet, toute facilité de faire seule sa déclaration. S'il lui avait refusé son assistance, une autorisation de justice y aurait suppléé, bien que la circulaire du 30 mars 1872 ne l'ait pas prévu. Cette inadvertance ou lacune n'annihilait pas un recours écrit dans la loi [1].

Existait-il avec la même efficacité dans les territoires cédés à l'Allemagne et où elle avait introduit les pratiques, dont le récit de ce qui se passait l'année dernière à Metz nous a fourni un *specimen ?*

Sous ce régime si propre à entraver l'option de la femme mariée, celle-ci aurait-elle trouvé une juridiction qui lui ait prêté appui?

Maintenant les registres sont clos, et dans la hiérarchie administrative, nul fonctionnaire n'aurait attribution pour constater ce qui aurait été omis ou faire un acte réparateur.

A défaut de déclaration régulière, des équivalents seront-ils admis? — Ils ont été maintes fois repoussés, et ils ne sauraient, en effet, tenir lieu de l'accomplissement des formalités et des conditions imposées par nos lois organiques ou civiles. Lorsqu'il s'est agi de la naturalisation d'un étranger [2], de l'appréciation des circonstances qui l'auraient rendu Français de plein droit [3], des réclamations autorisées par les articles 9 et 10 du Code civil [4], des facilités accordées par la loi du 14 octobre 1814 aux habitants des territoires séparés [5], la rigueur de cette jurisprudence n'était pas excessive; elle avait sa raison d'être et ses bases dans notre propre législa-

[1] Articles 218 et 219 du Code civil, 861 et suivants du Code de procédure.

[2] et [3] Cassation, 24 octobre 1824, 29 janvier 1825 et 26 janvier 1835; Nîmes, 22 décembre 1825; Montpellier, 22 juin 1826; Besançon, 2 janvier 1829; Conseil d'État, ordonnance 11 avril 1834. (V. aussi de nombreuses autorités rapportées par Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° DROIT CIVIL.)

[4] Cassation, 1er septembre 1842, 8 juillet 1846; Douai, 17 janvier 1848; Dalloz, *eod.*, n° 139.

[5] Cassation, 14 avril 1818, 23 avril 1828, 27 juin 1831; Lyon, 2 août 1827; Rouen, 28 août 1824; Dalloz, *eod.*, nos 108 et 109.

Digitized by Google

tion. Ceux qui n'en avaient pas suivi les prescriptions étaien en faute. Ils ne devaient l'imputer qu'à eux-mêmes.

Y a-t-il parfaite identité entre ces situations et celles qui ont été réglées à Francfort? Le traité du 10 mai 1871, en soumettant les Alsaciens et les Lorrains à « une déclaration préalable faite à l'autorité compétente », ne dit pas quelle sera cette autorité et comment elle procédera. La disposition supplémentaire formant l'article 1er de l'annexe du 11 décembre veut que, *hors d'Allemagne*, les optants manifestent leur choix « par une déclaration faite, soit aux mairies de « leur domicile en France, soit devant une chancellerie di- « plomatique ou consulaire française..... » Quant au mode à adopter pour l'Allemagne, il n'en est pas soufflé mot.

Il appartenait sans doute au pouvoir souverain de réglementer à son gré, dans toute l'étendue de son Empire, les actes, leur valeur, leurs effets, leur force probante; mais une catégorie d'habitants qui, d'ailleurs, n'étaient pas encore ses sujets, ne pouvait être ainsi privée d'aptitudes garanties par les accords internationaux. S'il vient dès lors à être avéré qu'une Française, bien résolue à conserver cette qualité dont son mari faisait abandon pour lui-même, en a néanmoins été empêchée par l'inertie de celui-ci, par les errements de l'administration allemande, par l'interprétation trop judaïque que les mairies françaises auraient donnée à la circulaire leur déniant compétence; s'il en était résulté un invincible obstacle à la constatation d'une volonté dont la preuve ressortirait de témoignages irrécusables ou de faits ne comportant aucune équivoque, nos tribunaux n'auraient-ils pas à en tenir compte? Ils sont compétents pour apprécier toute question se rattachant à l'exercice des droits civils, et leur revendication se présenterait, en de telles circonstances, sous un très-favorable aspect.

Il le serait d'autant plus que la possession d'état de femme allemande aurait moins duré et qu'elle n'aurait pas eu des caractères impliquant libre assentiment.

2° Émigration forcée. — Lorsque la translation de domicile est obligatoire, le mari qui ne l'a pas opérée perd le bénéfice de son option. Le fait matériel et l'intention sont les seuls points pouvant prêter à discussion en ce qui le concerne.

Digitized by Google

Mais quand il a, par la déclaration réglementaire, sauvegardé les droits de sa femme en même temps que les siens propres, cet acte est acquis à celle-ci et ne peut être retiré. S'il vient à être invalidé par une habitation indûment prolongée, cette cause d'annulation ne doit pas préjudicier à celle qui n'aurait eu aucun moyen de la faire cesser en allant se fixer en France.

Observons encore que les indigènes d'Alsace-Lorraine, résidant partout ailleurs que dans ces deux provinces, ne sont astreints ni à prendre ni même à élire domicile sur le territoire français. Consulté par M. Scheurer-Kestner au sujet de ceux qui se trouvaient en Suisse, M. le garde des sceaux répondait le 30 juillet 1872 : « ..... Nos compatriotes résidant « en Suisse qui ont fait, devant nos agents consulaires ou « diplomatiques, leur déclaration d'option, n'ont aucune « autre formalité à remplir pour conserver la nationalité « française. *Ils ne sont tenus, en aucune façon, de transférer « leur domicile en France.* Il est vrai que, par le fait de l'an- « nexion, ils auront perdu le domicile d'origine qu'ils avaient « dans les territoires cédés et, sous ce rapport, il sera sans « doute nécessaire de modifier, en ce qui les concerne, les « règles établies par le Code civil pour l'acquisition d'un « nouveau domicile..... » En même temps est manifestée l'intention d'obvier à cela par une disposition à insérer dans un projet de loi encore en expectative.

Quoi qu'il advienne de l'élaboration promise, les difficultés prévues par la dépêche ministérielle sont peu graves. C'est une situation ressemblant fort à celle de tout Français ayant domicile ou résidence à l'étranger [1].

En reconnaissant que les Alsaciens et les Lorrains sont, comme tous autres, parfaitement libres de l'y conserver et « n'ont pas à le transférer en France », cette lettre exprime une vérité applicable, sans exception, à ceux d'entre eux

[1] La validité de ce domicile paraît admise dans le dernier état de la jurisprudence. *Sic* Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° DOMICILE, n° 20; Demangeat, *Sur Fœlix, Droit international*, n° 28, note A; Aubry et Rau, § 141; Massé et Vergé, *Sur Zachariæ*, t. 1er, p. 124. (Voir aussi Cassation, 26 janvier et 29 décembre 1836, 17 janvier 1837, 21 juin 1865; Toulouse, 7 décembre 1863; Pau, 6 juin 1864, Dev., 36-1-217; 37-1-437 et 701, 65-1-303 et 2-105, 64-2-341. — *Contra* Zachariæ, *eod.*; Demolombe, 1, p. 124.)

Digitized by Google

(hommes, femmes, filles ou veuves) qui, au moment de l'incorporation de leur pays à la Prusse, se sont trouvés établis au dehors,

Il n'y a pas à distinguer entre les États neutres, comme l'était la Suisse, et ceux des puissances signataires des conventions de 1871, et il aurait été loisible à nos compatriotes natifs des provinces détachées de continuer à habiter quelque autre partie de l'Allemagne que ce fût.

Voilà ce qui ressort, sans la moindre équivoque, de l'article 2 du traité du 10 mai 1871, puisqu'il désigne restrictivement les sujets français, originaires des territoires cédés, « *domiciliés actuellement sur ce territoire* », comme devant user « de la faculté de transporter leur domicile en France « et de s'y fixer ». Au surplus, le mobile de ce déplacement est facile à saisir. Il tend à diminuer le nombre de ceux qui, restés fidèles à leur ancienne patrie, sont présumés hostiles au nouvel état de choses. On les éloigne des deux provinces ou ils auraient entretenu un esprit opposé aux essais d'assimilation, mais leur séjour n'eût ailleurs suscité aucune appréhension semblable.

N° V. *Recouvrement de la nationalité française par les femmes d'Alsace-Lorraine.*

Il est un mode de réintégration spécialement réservé à la femme qui a renoncé à sa patrie en épousant un étranger. Après avoir prévu ce changement d'état volontaire, l'article 19 du Code civil ajoute : « Si elle devient veuve, elle recouvrera « la qualité de Française, pourvu qu'elle réside en France ou « qu'elle y rentre, avec l'autorisation du chef de l'État, en « déclarant qu'elle veut s'y fixer. »

Les Françaises qui, depuis le démembrement, auront pris mari en Lorraine ou en Alsace, profiteront de cette disposition pour rentrer en possession de leur nationalité première. Elles la récupéreront *de plein droit*, pourvu qu'au moment où se dissoudra l'union qui la leur a fait perdre, elles soient de retour sur le sol français. Le gouvernement n'aura pas à intervenir.

Nonobstant quelques dissidences [1], cette opinion a défini-

[1] Aubry et Rau, § 75, note 6.

Digitized by Google

tivement prévalu[1]. Son application serait même étendue à la femme qui, lors de la dissolution, se trouverait encore à l'étranger, si elle avait en France sa résidence habituelle[2].

A côté de ces facilités accordées par la jurisprudence, une importante restriction est apportée. Elle n'abandonne pas à de capricieux revirements un état librement agréé au jour de la célébration. Une extranéité alors acceptée (l'eût-elle été *fictivement*, comme dans l'affaire Vanherke), ne peut être ensuite répudiée, si ce n'est en état de veuvage.

La situation est fort différente lorsqu'une femme, originaire d'Alsace ou de Lorraine, n'a pas opté. Le changement d'état qu'elle subit alors provient, non du mariage, mais d'une abstention personnelle. On peut même dire qu'il s'est opéré *malgré le mariage*, toutes les fois que le mari, né dans un autre département, est resté notre concitoyen, sans avoir eu d'option à faire.

Ne serait-ce pas, en pareille occurrence, un étrange contresens que d'ajourner à l'époque de la viduité l'exercice d'un recours qui aurait eu pour résultat de rendre aux deux époux une nationalité commune?

Cette femme réputée étrangère est pourtant l'épouse d'un Français. Leurs enfants le sont comme lui. D'autres bizarreries, ayant également leur principe dans le traité de Francfort, disjoindront, morcelleront les familles. Pour attribuer à des parents et à leur descendance des patries différentes, il suffira que leurs communes natales, quoique voisines ou contigues, n'aient pas été placées sous la même souveraineté par les derniers remaniements de frontières.

En oubliant ou en négligeant de faire la déclaration qui eût prévenu ces embarras, une femme, trop souvent inexpérimentée, n'aura même pas soupçonné que cette omission dût apporter dans les intérêts privés une perturbation considérable.

[1] Proudhon, p. 127; Guichard, n° 318; Coin-Delisle, art. 19, n° 5; Duranton, n° 193; Demolombe, n° 171; Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° DROIT CIVIL, n° 168; Alauzet, n° 89; Cassation, 19 mars 1830 (D. P., 38-1-245); Lyon, 11 mai 1835 (Sirey, 35-1-191); Bastia, 11 avril 1843; Dalloz, *eod.*, n° 304, note; Paris, 7 mai 1861 (sous Cassation, D. P., 63-1-176.)

[2] Coin-Delisle, *eod.*; Delaporte, article 19; Lyon, 11 mai 1835, *eod.*

Digitized by Google

De graves préjudices peuvent en résulter, et la prudence conseille de se prémunir dès à présent.

Mais par quel moyen?

Il ne réside pas dans l'article 19, et cependant l'éventualité en vue de laquelle cette disposition a été édictée n'était pas plus favorable que ne le serait la position d'une femme ou d'une mère redemandant sa nationalité, perdue le plus souvent par simple inadvertance.

Déposée au ministère de la justice, cette demande, dont l'appréciation appartient au pouvoir exécutif, sera l'objet d'une instruction dont il n'est pas indifférent de connaître les conditions, les phases, les formes, les exigences.

Celles que la loi du 29 juin 1867 a maintenues et qui aboutissent à un décret présidentiel rendu sur l'avis du Conseil d'État, ont une solennité et des lenteurs parfaitement justifiées lorsqu'il s'agit de la naturalisation d'un étranger.

A cette concession d'un titre nouveau, comment assimiler la restitution de celui dont l'impétrant a déjà eu la jouissance? L'admission préalable à domicile qui, dans le premier cas, est une condition essentielle, serait dans l'autre une insignifiante superfétation. Comprendrait-on qu'une Alsacienne ou une Lorraine y fût soumise? Le serait-elle lors même qu'elle habiterait, avec son mari, un département de l'intérieur dont il serait originaire?

Pourquoi imposer à cette femme trois années d'attente? Pourquoi l'exclure pendant ce long délai du droit des nationaux et lui refuser la protection réservée à ceux-ci? Indépendamment des questions de compétence soulevées par cette fausse position, elle influerait sur le partage des successions; les quotités héréditaires varieraient suivant qu'elles seraient déterminées par telle ou telle législation, et la juste compensation, autorisée par l'article 2 de la loi du 16 juillet 1819, deviendrait impossible. L'extranéité pendant cette période de sursis mettrait aussi obstacle à l'adoption[1]. Elle

[1] Après quelques oscillations et malgré une controverse encore persistante (Demangeat, *Condition civile des étrangers*, n° 80 et notes *Sur Fœlix*, p. 98; Zachariæ, § 78, note 2; Valette, *Sur Proud'hon*, t. Ier. p. 277; Taulier, 1, p. 356), doctrine et jurisprudence se prononcent en ce sens. *Sic* Demolombe, t. Ier, n° 245 et 267; Merlin, *Questions*, v° Adoption, § 2; Duranton, t. III, n° 287; Dalloz, *Adoption*, n° 98; Marcadé, art. 346; Gre-

Digitized by Google

rendrait la mère et l'aïeule incapables d'exercer la tutelle ou de participer aux conseils de famille [1]. Combien n'y aurait-il pas d'autres droits paralysés par le stage triennal pendant lequel interviendraient actes, règlements, décisions, jugements définitifs et irrévocables !

Il est bien préférable et plus efficace de procéder en conformité de l'article 18 du Code civil. Son texte ne s'y oppose pas, et ces mots : « Le Français..... » ne sauraient être pris dans un sens restrictif. Ils s'appliquent aux deux sexes : *Genus masculinum complectitur et feminimum.* Quelques expressions donnent sans doute à penser que le législateur se préoccupait surtout du retour d'un expatrié. C'était dans cette prévision qu'il faisait figurer, au nombre des conditions à remplir, *l'autorisation de rentrer.* Il est vrai aussi qu'elle sera sans application à la femme d'Alsace-Lorraine lorsque celle-ci aura, dès avant la séparation, pris domicile sur notre territoire actuel. Voilà des disparités secondaires, mais elles s'effacent devant une pensée dominante et ayant même objectif, l'intérêt national.

Il a inspiré la disposition qui, favorisant d'anciens compatriotes et leur ouvrant facile accès, les a dispensés d'un temps d'épreuve auquel supplée leur passé et les chères attaches qu'il a créées.

Une seule objection subsiste ; elle est suggérée par l'entente présumée de deux époux qui auraient subi ensemble le sort de leur pays natal cédé à l'Allemagne. Serait-il, en ce cas, permis à la femme de substituer à ce commun accord sa volonté unique?

nier, *eod.*, n° 31 *bis;* Favard, *eod*, sect. 2, § 1er, n° 5, et *Succession*, sect. 3, § 4 ; Fœlix, t. Ier, p. 98 ; Soloman, p. de 53 à 56; Coin-Delisle, art. 11, n° 9 ; Aubry et Rau, *Sur Zachariæ*, § 78, note 61 ; Demante, 2, n° 80 *bis;* Odillon Barrot, *Encyclopédie du droit*, v° Adoption, n° 31 ; Richelot, 1, n° 75, p. 125 ; Cassation, 25 août 1823 ; (Sir., 23-1-353), novembre 1825 et 7 juin 1826 (D. P., 25-1-7 et 26-299).

[1] Par identité de motifs, l'étranger est reconnu incapable d'être tuteur ou membre d'un conseil de famille. *Sic* Demolombe, *eod.;* Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° Droit civil, n° 207 ; Zachariæ, Aubry et Rau, § 77, notes 5 et 6 ; Fréminville, *De la minorité*, 166-4 et 147-3 ; Marchand, *Code de la minorité;* Soloman, p. 52 et 53 ; Valette, *Explication sommaire;* Gay, *Manuel*, n° 80 ; Colmar, 25 juillet 1817, D. A., 12-727-8 ; Bastia, 5 juin 1838 ; Paris, 21 mars 1861, D. P., 38-2-143 et 61-2-73.

Digitized by Google

Nul doute qu'elle ne le fasse valablement si elle est veuve ou divorcée, et cette supposition n'est pas irréalisable puisque le Code prussien tolère le divorce.

Il faudrait néanmoins qu'il eût été prononcé par les tribunaux allemands, et les nôtres alors n'auraient qu'à tirer du fait accompli ses conséquences légales [1]. Une disposition d'ordre public leur eût interdit de dénouer ainsi le lien qui retenait la femme à l'étranger [2]; mais quand il a été brisé elle est libre et autorisée à réclamer le bénéfice de l'article 19 [3].

Le sera-t-elle pendant la durée de l'union conjugale? Devenue Allemande en même temps que son mari, aura-t-elle la faculté de revenir sur son propre consentement?

Il régularisait le présent; mais l'avenir n'eût été engagé par cette adhésion ordinairement passive, que si une disposition de la loi, explicite et formelle, l'eût voulu ainsi.

Telle est celle écrite en l'article 19. Il suppose une initiative toute *spontanée*, et elle fut ainsi caractérisée, lors d'une discussion au cours de laquelle il fut dit: « La femme a « *spontanément* renoncé à ses droits civils par le mariage « qu'elle a contracté [4]. » Un acte ultérieur, survenu sous la pression des événements qui ont pesé sur beaucoup de résolutions, n'implique pas une liberté aussi entière.

Si des regrets ont suivi et si une réintégration est sollicitée, le gouvernement, toujours maître de l'octroyer ou de la refuser, ne statuera pas sans mûr examen et scrupuleuses investigations. Aucun abus n'est donc à craindre.

« L'esprit de la loi ne paraît pas être que la femme appar- « tienne, nécessairement et dans tous les cas, à la même « nationalité que le mari. » Cette observation, empruntée

[1] et [2] Cette distinction est généralement admise. (Voir entre autres arrêts dont il peut être tiré argument: Cassation, 28 février 1860; Paris, 2 août 1866 et plusieurs autorités ayant trait à des questions analogues, D. P., 60-1-57, 67-2-41 et notes.)

[3] *Sic* Demolombe, 1, n° 170; Duranton, 1, n° 193; Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° Droit civil, n° 167; Zachariæ, § 169, texte et note 9; Aubry et Rau, § 75, note 4; Lyon, 11 mai 1835 (Dev. 1835, 2-191).

[4] Opinion de MM. Tronchet et Boulay, séance du Conseil d'État du 6 thermidor an IX.

Digitized by Google

à M. Demangeat[1] ne sera pas sans application dans l'hypothèse qui vient d'être prévue. La femme qui, sans motifs sérieux, ne recouvrerait pas seule, du vivant de son mari, l'état civil abdiqué par tous deux, aura quelquefois à invoquer des considérations vraiment déterminantes. Il pourra alors lui être rendu. Ce qui est exceptionnel n'est pas absolument anormal.

Les conclusions à tirer des observations qui précèdent peuvent se résumer ainsi :

1° La condition des Françaises nées ailleurs qu'en Alsace-Lorraine est restée la même après la séparation de ces territoires, bien qu'elles aient continué à y habiter avec leurs maris devenus Allemands (V. ci-dessus n°s 1 et 2).

2° Quoique mariée à un Français demeuré tel sans avoir eu à opter, la femme originaire des provinces détachées subit la déchéance provenant de ce qu'elle n'a pas rempli pour son propre compte cette formalité. Le domicile qu'elle aurait eu en France ne l'en aurait pas dispensée; mais elle serait réputée l'avoir accomplie, soit par l'emploi des procédés réglementaires, soit en usant, à l'étranger, de ceux que la pratique locale aurait autorisés ou imposés, soit même par des équivalents en cas d'empêchements résultant de force majeure (n° 3).

3° La nationalité de la femme est sauvegardée par toute option émanée d'elle ou des deux époux comparant ensemble, ou enfin du mari seul, pourvu qu'elle n'ait pas contredit la déclaration de celui-ci. Il n'importerait même que plus tard il en ait perdu personnellement le bénéfice (n° 4).

4° Pour recouvrer cette nationalité dont la perte aurait été causée par l'inobservation des stipulations du traité de Francfort, l'article 18 du Code civil serait applicable. Les articles 19 et 20 le seraient seulement aux mariages postérieurs à la cession (art. 5). ROBINET DE CLÉRY.

[1] *Droit international*, t. Ier, p. 93, note.

Digitized by Google

QUESTIONS SUR LES ORDRES ET LES CONTRIBUTIONS.

DU PRIVILÉGE DES FRAIS DE PURGE.

Théorie et commentaire de l'article 774 du Code de procédure civile.

Par M. Dramard, juge au tribunal civil de Béthune.

La matière des ordres présente à chaque pas des questions qui semblent à l'apparence, suivant l'expression un peu vulgaire employée en pareil cas, aller d'elles-mêmes, mais dont la solution, lorsqu'on les soumet à un examen un peu sérieux, ne laisse pas que d'être quelquefois embarrassante, et ce n'est pas sans quelque surprise que l'on voit alors, à l'occasion d'une simple formalité de procédure, et souvent pour un intérêt matériel fort mince, entrer en jeu les principes fondamentaux du droit privé, quelquefois même du droit public. C'est, pensera-t-on tout d'abord, prendre de bien haut une question de procédure; mais il suffira de se rappeler que les règles qu'elle a pour objet sont avant tout protectrices des droits des citoyens, quelquefois de leurs personnes, toujours de leurs propriétés; il suffira de réfléchir qu'elles sont la déduction du grand principe que *nul ne se peut faire justice à soi-même*, principe sans lequel il n'y a pas de société possible, et qui est la raison d'être du pouvoir judiciaire, pour convenir qu'il n'est, en pareille matière, si petit effet qui ne se rattache à une grande cause.

L'article 774 du Code de procédure civile en est un exemple d'autant plus frappant qu'il ne présente qu'un bien minime intérêt pécuniaire; il n'est pas de jour où il ne soit appliqué dans nombre de tribunaux sans que l'on ait jamais songé à y découvrir tant de choses, et c'est peut-être affronter une prédisposition défavorable que d'entreprendre de disserter à son sujet. Mais, puisque le dé en est jeté, essayons tout à la fois de ramener les esprits et de les convertir à notre thèse.

I

« L'acquéreur, dit ce texte, est employé par préférence pour le coût de l'extrait des inscriptions et dénonciations aux

Digitized by Google

créanciers inscrits. » (L'ancien texte contenait, sous l'article 777, une disposition conçue en termes identiques.)

Nous avons à nous demander en présence de cette disposition impérative :

1° Quelle est la nature du droit qu'elle confère à l'acquéreur?

2° Quand et comment ce droit doit être exercé?

Ces deux problèmes fort délicats, nous l'allons voir, n'ont été jusqu'à présent l'objet d'aucune discussion théorique *ex professo;* ce n'est qu'incidemment qu'ils ont été résolus par les auteurs qui se sont occupés de la matière. Quant à la jurisprudence, elle n'a pas eu non plus occasion de se prononcer, l'article 762 du Code pénal limitant l'appel aux cas où la somme contestée excède 1,500 francs, et la médiocrité de l'intérêt pécuniaire ne méritant pas les honneurs du pourvoi en cassation. Le sujet n'est pas encore sorti du domaine de la pratique.

Rien de si simple en effet, à première vue, que l'application de notre article : l'acquéreur détient le prix de son acquisition, il n'a pas besoin de se faire admettre à l'ordre, il n'a qu'à *retenir* le montant de ses avances, mode de procéder qui, à l'avantage de la simplification et de la célérité, ajoutera celui de l'économie des frais. Comme conséquence, on décide que pouvant se payer lui-même, la production qu'il ferait à l'ordre à l'occasion de sa créance constituerait des frais frustratoires et devrait être rejetée par voie d'exception. Telle est la doctrine unanime des auteurs et la pratique la plus générale des juges-commissaires aux ordres, ainsi que des tribunaux. Toutefois, quelques tribunaux réputés pour conserver les plus saines traditions et professer les meilleurs principes en fait de procédure, celui de la Seine entre autres, admettent le nouveau propriétaire à requérir sa collocation à raison de sa créance; ils lui en font même une obligation à peine de déchéance.

Nous avons donc à examiner sur quels principes est fondée la première solution, laquelle, nous le répétons, est toute implicite et n'a jamais été formulée qu'en termes absolus, sans aucun motif juridique, comme si c'était un axiome.

En fait, l'espèce est des moins complexes ; l'acquéreur d'un immeuble voulant user de la faculté que lui donne l'arti-

Digitized by Google

cle 2183 du Code civil, a suivi la procédure prescrite par les articles 832 et suivants du Code de procédure civile pour purger les hypothèques inscrites; les frais qu'il a exposés ainsi constituent une créance pour laquelle il est, suivant l'article 774 du même Code, employé par préférence, sur son prix sous-entendu; on conclut de là qu'il les retiendra. « Par conséquent, dit M. Seligman (*Proc. d'ordre*, n° 594), il n'a pas besoin d'une production pour se payer des avances qu'il a faites[1]. » — « Pourquoi, dit à son tour M. Audier (*Journ. des av.*, 1868, p. 483), faire les frais d'une demande judiciaire pour se faire allouer ce que l'on a droit de retenir? » On cite encore (Dalloz, v° Ordre, n° 434) à l'appui de cette opinion la décision donnée par M. Chauveau (quest. 2553 *ter*) sur un cas qui n'a cependant pas d'analogie[2]. V. aussi dans ce sens un arrêt

[1] Par une contradiction qui prouve bien que notre article n'a pas été de la part des commentateurs l'objet d'une étude approfondie, M. Seligman dit ailleurs : « C'est à l'avoué (de l'acquéreur) qui veut mettre sa responsabilité à couvert d'avertir ses clients de l'ouverture de l'ordre, afin qu'ils y produisent pour les frais de notifications et pour le coût de l'extrait des inscriptions, s'il s'agit d'une adjudication devant notaire ou d'une vente amiable. »

[2] Cet auteur parle des frais que l'adjudicataire sur surenchère doit rembourser à l'adjudicataire dépossédé, et de ceux que l'adjudicataire doit payer, d'après une clause du cahier des charges, en diminution de son prix. Dans les deux cas, la diminution du prix n'est qu'apparente, puisque dans le premier il s'agit d'une véritable charge de la vente qui ne modifie en rien le prix principal d'adjudication, et que, dans le second, le chiffre des frais étant liquidé et annoncé avant l'adjudication, tous les intéressés savent que le prix d'adjudication sera virtuellement, par le fait même de l'adjudication, réduit du montant des frais. Soient deux espèces pour être plus précis, car lorsque l'on se trouve en présence d'une autorité comme celle du savant professeur de Toulouse, on ne saurait mettre trop de soin à démontrer qu'elle vous est opposée à tort et qu'elle n'a pas d'application au débat. — Premier cas. L'adjudicataire sur surenchère a 200 francs à rembourser à l'acquéreur dépossédé, outre son prix d'adjudication qui est de 1,000 francs; il ne doit que 1,000 francs aux créanciers hypothécaires auxquels il n'importe nullement qu'il paye 200 francs directement à l'acquéreur dépossédé auquel il les doit personnellement. Donc aucune réduction sur le prix dans cette espèce. — Second cas. L'adjudicataire achète moyennant 1,200 francs, mais 200 francs s'appliquent aux frais de poursuite dus aux avoués qui en sont le plus souvent distractionnaires; le prix dû et à distribuer aux créanciers n'est donc encore que de 1,000 francs. Dans le premier cas, l'enchérisseur sait qu'il devra ajouter à son prix, quel qu'il soit, 200 francs à rembourser au précédent acquéreur, et il réglera ses enchères en conséquence. Dans le second cas, il n'aura pas à faire ce calcul, et il achètera ferme; mais les créanciers

Digitized by Google

de Paris, 14 messidor an XII, aff. Lesterp. — *Contrà* tribunal de Dié, 27 avril 1864, aff. Fluchaire.

Toutefois, malgré la simplicité de l'espèce, il est bon de placer dès le début une remarque essentielle pour bien préciser les termes et la portée du débat. Dans toutes les règles qu'il édicte, le législateur a en vue le cas d'un ordre ouvert après adjudication sur saisie, cas où la procédure d'expropriation purge toutes les hypothèques. Ce n'est que lorsqu'il arrive à l'article 772 qu'il se rappelle les cas beaucoup plus fréquents de ventes amiables ou sur conversion, et ceux de donation qui rendront les notifications nécessaires. Il renvoie alors pour la procédure à toutes les règles précédemment édictées; mais l'article 774 qui vient après ne se réfère qu'aux cas de l'article 772. Il résulte de cette distinction que les arguments tirés dans notre espèce des textes précédant les articles 772 et 774 ne pourront pas avoir la force d'arguments directs comme étant fondés sur une situation qui n'était pas dans la pensée du législateur lorsqu'il les a formulés.

Ainsi, d'après les auteurs cités plus haut, l'acquéreur *se payera*, l'acquéreur *retiendra*, donc il a le droit, suivant eux, de se payer, de retenir; nous pourrions demander lequel des deux, car la valeur juridique de ces deux termes n'est pas précisément la même : se payer, c'est opérer la compensation; retenir, c'est user du droit de rétention. Mais nous pensons bien que dans leur opinion les deux opérations se combinent, l'acquéreur retient son prix pour se payer à même. Acceptons quant à

sauront que le prix d'adjudication n'est qu'apparent et qu'il est virtuellement, à leur égard, diminué d'une somme dont l'emploi était ordonné avant même que ne fût fixé par les enchères le prix qui devra leur être attribué. Ajoutons qu'alors même que l'avoué poursuivant n'aurait pas obtenu la distraction de ces dépens, l'adjudicataire n'aurait pas à en faire la réserve sur son prix principal, car il n'en fait pas partie; ce serait au créancier poursuivant, qui les aurait avancés, à s'en faire payer directement par l'acquéreur, en exécution tant du cahier de charges que du jugement d'adjudication, puisque, — il faut insister sur ce point, parce que là est la différence capitale, — l'emploi en a été fait par le jugement de publication et le jugement de mise aux enchères (art. 701 et 744 C. pr. civ.). — Il n'y a donc ni identité ni analogie d'espèces, et l'opinion de M. Chauveau, fort bonne pour les cas qu'il prévoit, n'a rien à faire ici. Cf. au contraire questions 2616 et 2616 *bis*.

Digitized by Google

présent cette formule et cherchons d'où peut dériver ce droit pour l'acquéreur. Ce n'est pas tout d'abord de notre article 774 qui dit « est employé », terme emprunté à la pratique, dont le sens, bien qu'un peu vague, implique cependant l'idée d'une attribution faite par l'autorité de justice; ce ne pourrait donc être que des principes généraux du droit de rétention.

II

Le droit de rétention n'est réglé nulle part dans le Code d'une manière positive; il ne résulte que de certaines dispositions particulières plus ou moins explicites. Il peut être intéressant en théorie de rechercher si ces dispositions particulières sont seulement énonciatives, ou bien si elles sont limitatives. Si l'on se décide dans ce dernier sens, ce droit, pour être invoqué, doit être expressément écrit. Or l'article 774 ne l'accordant pas, la difficulté qui nous occupe serait dès à présent tranchée en ce point. Mais cette distinction, au sujet de laquelle la jurisprudence et les auteurs ne sont pas encore unanimes, est indifférente pour la solution du problème posé, si, comme nous espérons le démontrer, il n'y a pas place ici pour l'application du droit de rétention.

Ce droit est la conséquence d'un contrat de nantissement, soit exprès, soit tacite, car on ne peut pas retenir la chose d'autrui si elle n'est pas *quodam jure pignoris* affectée à la garantie de la créance que l'on a contre le propriétaire de cette chose : tout nantissement produit le droit de rétention, mais la simple détention d'une chose est insuffisante pour conférer ni le nantissement, ni le simple droit de rétention; quelque favorables d'ailleurs que puissent être la créance du détenteur et les circonstances dans lesquelles il aurait intérêt à conserver la chose. La raison en est que le premier droit doit être expressément concédé ou résulter d'une présomption de la loi, et que le second est un avantage accordé au détenteur afin de le faire payer de ce qui lui est dû à raison de la chose détenue; il faut donc que la créance du détenteur soit corrélative et connexe à son obligation de restituer, ou, en prenant le rapport inverse, que le droit du propriétaire de réclamer sa chose soit corrélatif et connexe à son obligation de payer la dette, *debitum cum*

Digitized by Google

re junctum. Ces principes sont certains et incontestés; ils sont ici essentiels.

Il en résulte que si le droit de rétention procure une cause de préférence, c'est indirectement, et la proposition contraire ne serait pas vraie, en ce sens qu'une cause de préférence ne confère pas nécessairement le droit de rétention; il faut à la rétention une cause légitime, un contrat exprès ou tacite de nantissement; d'où, dans notre cas, la conséquence que l'acquéreur peut avoir le droit d'être payé par préférence sur son prix sans avoir celui de retenir ce prix.

Cette cause de préférence qui accompagne la détention ne constitue pas non plus un véritable privilége, car le privilége s'exerce dans tous les cas, sans qu'il y ait lieu de rechercher qui détient la chose, et autorise toujours le créancier à réaliser le prix de la chose, tandis que la préférence du détenteur est inhérente à sa détention; elle lui donne l'avantage de retenir la chose jusqu'à ce qu'il ait été payé, mais ne va pas jusqu'à l'autoriser à la faire vendre, encore moins à se payer sur elle ou à son moyen. Ce dernier droit, qui est tout différent et bien plus étendu, ne dérive que d'une seule espèce de nantissement, le gage (art. 2073 et 2078, C. civ.), il est refusé au créancier antichrésiste (art. 2085). Les effets du droit de rétention se rapprochent donc bien plus de ceux de l'antichrèse que du gage, ne donnant pas toujours comme ce dernier, en plus du droit de détenir la chose jusqu'au payement, celui de la faire vendre, sous peine de perdre le bénéfice de la rétention. Il est donc beaucoup moins étendu et moins favorable que le gage et même que le nantissement; d'où encore cette conséquence que ce qui n'est pas permis au créancier nanti est à plus forte raison interdit au détenteur. Or le gagiste lui-même qui est le plus favorisé de tous ne peut, dans aucun cas, disposer du gage, alors même que le contrat pignoratif l'y autoriserait expressément (art. 2078, C. civ.); donc le détenteur, qui ne le peut pas plus que lui, ne peut pas *à fortiori* se payer sur le prix dont on le dit *détenteur*, mais dont il est en réalité purement et simplement le *débiteur*[1].

[1] La rétention en pareille matière était si peu dans l'esprit du législateur qu'il n'en parle pas dans un cas qui cependant s'y prêtait bien, celui de l'ar-

Digitized by Google

Ajoutons cette considération de détail qui devrait en certains cas, s'appliquer, dans le système que nous combattons : c'est que, comme l'antichrèse, la rétention s'évanouissant quand a cessé la détention, il y aurait à se demander, dans ce système, si l'acquéreur qui a mis son prix en distribution et appelé les créanciers à se le faire attribuer, sans avoir préalablement retenu ses frais, n'a pas, par l'effet de cette pollicitation dont l'acceptation par les créanciers résulte de leur production à l'ordre, perdu sa détention légale de la chose, et renoncé implicitement à son droit de rétention, comme il arrive à l'antichrésiste qui a provoqué la vente de la chose qu'il a reçue en nantissement.

De ce qui précède, nous concluons qu'il n'y a pas identité de situation entre l'acquéreur débiteur de son prix et un détenteur pouvant exciper du droit de rétention. L'article 774, par ses termes et par la place qu'il occupe au titre de l'*Ordre*, y répugne autant que les principes qui viennent d'être rappelés. En effet, 1° quelle est ici la chose à retenir? C'est le prix d'acquisition.—Quelle est la chose à raison de laquelle existe la créance de l'acquéreur? C'est la chose achetée. L'acheteur a donc une créance, non à raison de son prix, mais à raison de la chose qu'il a acquise. Or ce n'est pas sur celle-ci qu'il pourra exercer son droit de rétention, puisqu'il la détient, non à titre de débiteur, mais à titre de propriétaire; ce sera sur son prix qui seul appartient à son vendeur. 2° Le droit de rétention est réel, il exclut toute relation, tout lien de droit entre le détenteur et les créanciers du propriétaire, qui n'ont de secours contre lui que dans l'*action Paulienne*. Au contraire, le fait qui donne naissance à la créance de l'acquéreur crée entre les créanciers du vendeur et lui un rapport qui, de réel seulement qu'il était avant la notification de son contrat est devenue en outre personnel, au moins dans une certaine mesure, depuis cette notification. 3° Enfin le droit de rétention s'exerce par voie d'exception, le droit de l'acquéreur par voie d'action ; le détenteur

ticle 2188 du Code civil, où la situation de l'acquéreur dépossédé comportait cette faveur pour lui faciliter le remboursement de ses frais de contrat, à raison desquels il ne peut être question pour lui de produire à l'ordre, comme nous l'avons vu dans la note précédente.

Digitized by Google

peut refuser de se libérer jusqu'à ce qu'il ait été lui-même payé ; ce n'est pas la chose même qui doit le payer, elle n'est qu'une sûreté entre ses mains, tandis que l'acquéreur, au contraire, ne peut pas se refuser à payer la chose qu'il doit, il ne peut que demander à être lui-même payé sur la chose en même temps que les autres créanciers, mais préférablement à eux, jusqu'à due concurrence. Car il ne faut pas perdre de vue que nous sommes en matière d'ordre et que tous les créanciers sont en concours.

Nous ne saurions donc admettre la doctrine d'un arrêt de la Cour de Paris du 14 messidor an XII, où nous lisons les considérants suivants : « Attendu que tout acquéreur a le droit, si le contraire n'est pas stipulé, de retenir, sur son prix, les frais de notification de son contrat et de l'état des inscriptions dont il est grevé; que ce droit est moins une créance qu'une déduction sur le prix de son acquisition pour raison de laquelle la loi n'exige pas de collocation; que ces frais peuvent toujours, et après l'ordre, être liquidés, et que même ils peuvent l'être sans production ni mémoire lors de l'ordre, puisque le poursuivant est lui-même tenu de déposer, pour introduire l'ordre, la copie qui lui a été notifiée du contrat et du bordereau des inscriptions. » Le principe du droit de rétention est appliqué ici avec une largeur qu'aucun texte ne justifierait aujourd'hui et qui serait la négation de l'article 1593 du Code civil, comme nous aurons l'occasion de l'établir plus loin. Cet arrêt, rendu d'ailleurs sous l'empire d'autres règles que celles qui régissent actuellement la matière, contient, dans les dispositions contradictoires de ses motifs, tout le système dont nous cherchons à démontrer l'inexactitude.

III

L'acquéreur ne peut pas se payer lui-même, c'est incompatible avec la notion de la rétention. Dire qu'il a droit de retenir et de se payer, c'est donc avancer deux propositions inconciliables. Aussi l'effet que les partisans de ce système font produire à l'article 774 est-il celui d'une véritable compensation, tout aussi exclusive, elle-même, de l'idée légale de rétention. En effet, s'il est vrai que l'acquéreur se paye, il faut dire que ce n'est pas au moment de la distribution

Digitized by Google

de son prix que ce payement doit s'effectuer légalement, mais dès l'instant où naît ce droit de se payer, c'est-à-dire le jour même où la créance de frais est liquide, terme qu'il est en son pouvoir de fixer, en les faisant taxer, au lendemain même de la notification de son contrat; à cet instant son prix serait diminué *ipso facto et ipso jure* du montant des frais : sa dette se serait éteinte jusqu'à due concurrence. Aux termes de l'article 1289 du Code civil la compensation s'opère à l'instant même de la coexistence de deux créances entre deux personnes ayant entre elles le rapport réciproque et simultané de créancier et de débiteur. Si le législateur avait voulu que cet effet se produisît entre l'acquéreur et son vendeur, ce n'est pas à propos du règlement du prix, au titre de l'*Ordre* qu'il le devait édicter, c'est lorsqu'il a organisé la purge des hypothèques inscrites. Or, nous ne trouvons rien de semblable dans l'article 2183 du Code civil; ce texte n'a eu d'autre objet que de fournir au nouveau propriétaire un moyen de se garantir de l'effet des poursuites autorisées au profit des créanciers comme conséquence de leur droit de suite. C'est, au contraire, en réglant la procédure de l'*Ordre* qu'il a écrit ce droit, c'est-à-dire au moment où il indique comment et entre quels ayants droit devra se répartir le prix, preuve manifeste que l'acquéreur est lui-même un de ces concurrents à la répartition du prix.

Cela est si vrai, que les partisans du système adverse ne disent pas positivement que l'acquéreur compensera, — quoique se payer semble bien être synonyme de compenser; — ils reconnaissent tous, et la jurisprudence des tribunaux qui suivent cette doctrine reconnaît avec eux, que c'est au moment de l'ordre que l'acquéreur sera payé de sa créance : ils reculent devant la conséquence juridique d'une véritable compensation dans les termes de l'article 1289 du Code civil. Car ils savent bien que par l'effet des notifications les rapports réciproques de créancier et de débiteur entre le vendeur et l'acquéreur sont profondément modifiés, ou au moins sont compliqués de rapports nouveaux faisant échec à la compensation, rapports qui sont nés, d'une part, de l'offre faite de son prix par l'acquéreur aux créanciers inscrits, et d'autre part, de l'acceptation tacite par ceux-ci desdites offres ré-

Digitized by Google

sultant de l'expiration des délais de surenchère (art. 1284), en sorte que, pour soutenir la compensation, il faudrait dire qu'elle s'est opérée d'un côté entre l'acquéreur et son vendeur, de l'autre entre l'acquéreur et les créanciers de son vendeur. Mais ce dernier effet est impossible, à moins de décider qu'il s'est effectué une novation au moyen de laquelle l'acquéreur a été libéré vis-à-vis de son vendeur pour devenir l'obligé direct des créanciers avec lesquels s'est ensuite opérée la compensation. Mais ce résultat serait trop contraire aux règles de la matière pour que l'on puisse en supposer la pensée aux adversaires; car l'acquéreur ne cesse jamais d'être personnellement le débiteur de son vendeur, ni celui-ci de l'être de ses créanciers, ce qui s'oppose à la novation (art. 1275 C. civ.). L'acquéreur n'a pas en principe d'obligation personnelle envers les créanciers inscrits; il n'est tenu qu'à raison de l'immeuble qu'il détient, avant les notifications, et du prix qui y est subrogé, après les notifications non suivies de surenchère (art. 2186). Si, par l'effet de cette purge, il devient personnellement obligé vis-à-vis des créanciers, ce n'est qu'accidentellement, accessoirement à sa dette principale envers son vendeur, et aussi éventuellement pour le cas où par l'issue d'une revente sur sa folle enchère il resterait débiteur d'une différence (art. 740 C. pr. civ.). Mais c'est là une obligation qui est la conséquence de sa dette envers le vendeur, et, à la rigueur, il ne doit rien aux créanciers puisqu'il peut à son gré, en délaissant l'immeuble, rompre le lien qui existe entre eux et lui, même après avoir reconnu la dette ou avoir subi une condamnation comme tiers détenteur (art. 2172 et 2173 C. civ.); tandis que les causes des obligations nées entre le vendeur et lui subsistent si bien qu'il conserve contre lui son action en garantie pour l'éviction qu'il subirait en cette hypothèse (art. 1278 C. civ.).

Nous devons donc écarter toute idée de compensation à ce point de vue. Mais, avant toutes ces considérations, s'en place une d'une grande énergie, tirée de la règle que la compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis aux tiers. Ainsi, celui qui étant débiteur est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains ne peut pas, au préjudice du saisissant, opposer la compensa-

Digitized by Google

tion; il ne pourra que faire valoir les causes de préférence qui pourraient être attachées à sa créance, par exemple, pour frais de justice ou de conservation. Cette même raison, par parenthèse, pourrait, suivant des auteurs, faire également obstacle au droit de rétention (Rauter, *Rev. étr.*, 1841, p. 779). Ce qui est vrai de la saisie-arrêt l'est *à fortiori* de l'hypothèque qui, indépendamment du droit de suite, produit l'effet d'une saisie-arrêt entre les mains de l'acquéreur sur les deniers de la vente. Celui-ci ne pourrait donc pas opposer la compensation si les droits créés au profit des tiers sur le prix de la chose par lui acquise sont antérieurs à la cause qui l'a fait lui-même créancier. Or, c'est ce qui arrivera toujours : à dater de son acquisition, les créanciers inscrits ont eu contre lui une créance de la totalité du prix, pour le cas où, renonçant à leur droit de suite, ils accepteraient le prix fixé dans le contrat de vente; et cette acceptation a eu pour résultat de fixer le prix au jour même du contrat et non pas au jour où les droits de suite et de surenchère ont cessé. C'est ce que porte en termes exprès l'article 2186 du Code civil. « A défaut par les créanciers d'avoir requis la mise aux enchères dans le délai et les formes prescrites, la valeur de l'immeuble *demeure* définitivement fixée au prix stipulé dans le contrat ou déclaré par le nouveau propriétaire. » Or, au moment du contrat, celui-ci n'avait aucune créance à compenser à cause de son acquisition.

Cela est si vrai que, rigoureusement, les frais de purge ne profitant pas aux créanciers devraient rester à sa charge exclusive, sauf son recours en garantie contre son vendeur, qui l'a exposé à cette éviction partielle; c'est ce qui avait lieu au moment et depuis la rédaction du Code civil, c'est ce qui aurait encore lieu aujourd'hui si l'article 774 du Code de procédure, — et avant lui l'article 777 ancien, — n'était venu modifier en ce regard la situation : s'il n'avait pas édicté ce droit de préférence, le nouveau propriétaire n'aurait pas pu le puiser dans aucun des cas prévus par les articles 2101 et 2102 du Code civil, comme nous le verrons du reste plus loin. Les frais dont il s'agit sont faits dans son intérêt exclusif, pour lui permettre d'échapper aux effets du droit de suite. C'est une faveur que lui accorde la loi en termes qui ne sont pas équivoques (art. 2183), faveur dont il lui est loisible de

Digitized by Google

ne pas user et qui est subordonnée à l'accomplissement de formalités très-précises, mais faveur qui ne s'explique que par des considérations économiques et la nécessité de dégager la libre transmission des biens d'une entrave des plus gênantes, et nullement par des principes juridiques. C'est dans cet ordre d'idées que se placent les auteurs qui mettent les frais de purge au même rang que les frais de contrat et les font supporter par l'acheteur comme étant destinés à lui procurer la tranquillité personnelle (Troplong, *Vente*, n° 164; Marcadé, sur l'art. 1593; Duranton, t. XVI, n° 124; Duverger, t. Ier, n° 169). C'est encore d'après ces principes que la Cour de Toulouse (29 nov. 1855, D. P. 56. 2. 39) et celle de Pau (27 janv. 1855, *ibid.*, 55. 2. 195) ont jugé, contrairement, il est vrai, à l'article 774 du Code de procédure, et au moyen d'une distinction qu'il ne comporte pas, mais conformément aux déductions rigoureuses du principe dont l'article 1593 du Code civil n'est qu'une manifestation, que la procédure édictée par l'article 2183 « est étrangère au vendeur; qu'ayant pour objet de consolider promptement la propriété sur la tête de l'acquéreur, elle est un complément de l'acte de vente, dont les frais, lorsqu'il croit devoir en user, doivent être à sa charge; que, d'ailleurs, l'article 2188 dispose que l'adjudicataire sur surenchère est tenu au delà de son prix de restituer à l'acquéreur ou au donataire dépossédé les frais et loyaux coûts de son contrat, ceux de la transcription sur les registres du conservateur, ceux de notification, etc.; qu'une telle disposition suppose nécessairement que ces frais, assimilés aux coûts du contrat, avaient dû être acquittés par l'acquéreur dépossédé et les fait passer sur la tête de l'adjudicataire comme charge de son adjudication. » En conséquence, ces arrêts n'admettaient d'exception que pour le cas strictement prévu par la loi, celui où un ordre est ouvert, et non pour celui où l'acquéreur paye amiablement son prix entre les mains du vendeur ou de ses créanciers, parce que, dit l'un d'eux (Toulouse), « l'instance d'ordre a pour objet de régler les difficultés qui naissent des charges dont l'immeuble était grevé; que, dans ce cas, il faut dire que, lorsqu'elles proviennent du chef du vendeur, il est juste qu'elles se liquident à ses dépens et viennent en diminution du prix, puisque, d'ailleurs, il n'est

Digitized by Google

plus question de libérer l'immeuble que la purge a affranchi dans les mains du nouveau propriétaire. » Cette jurisprudence a été censurée par la Cour de cassation (22 avril 1856), et elle devait l'être, car l'article 774 est formel et ne permet aucune distinction, tandis que les motifs sur lesquels la fonde l'arrêt de Toulouse n'ont rien de juridique; mais cet article n'est qu'une disposition d'exception qui laisse au principe toute son énergie, et il n'en reste pas moins que jusqu'au moment où cette exception y fut déposée (art. 777 ancien, reproduit par l'art. 774 nouveau) l'acquéreur, loin d'avoir un droit de compensation, n'avait non-seulement pas de créance opposable aux créanciers de son vendeur, mais il n'en avait même pas contre son vendeur lui-même, sauf son recours en garantie pour éviction. Ces considérations ont, nous le croyons, une importance fort grande dans la discussion.

Ainsi, pour résumer cette argumentation, dans le système que nous combattons, système qui, nous ne saurions trop le rappeler, est assez confus, qui ne se produit qu'incidemment, et que nous n'avons pu constituer que par une sorte de synthèse, en prenant pour point de départ les effets qu'il donne à l'article 774, dans ce système, disons-nous, le droit qui résulterait de cet article 774 serait une sorte de droit de rétention *sui generis*, tout à fait en dehors des principes essentiels de ce droit, mais produisant les effets d'une sorte de compensation née, elle aussi, en dehors des règles de cette matière, un droit en un mot participant à la fois de la rétention et de la compensation. Le législateur a-t-il pu vouloir créer un droit aussi singulier sans le définir au moins en termes plus précis que ceux que nous offrirait notre article s'il avait la portée que l'on veut lui donner? Puisqu'il prenait la peine de déroger à la règle de l'article 1593 du Code civil, il semble qu'il aurait dû compléter sa pensée, s'il eût voulu déroger à d'autres règles, celle de la compensation notamment. Il est donc en définitive fort difficile de distinguer quelle est dans le système adverse la nature précise du droit qui serait conféré par l'article 774; ce qui est le plus apparent, c'est qu'on lui donne un pur effet de fait : l'acquéreur retiendra, se payera, parce que cela parait plus commode..... *Sit pro ratione voluntas.*

Digitized by Google

IV

Nous avons démontré que l'article 774 n'implique aucune de ces dérogations qu'il faudrait y sous-entendre pour lui faire produire l'effet voulu; qu'il ne comporte ni rétention ni compensation, les seules qui puissent expliquer cet effet; mais nous avons en même temps reconnu qu'il en contient une non équivoque au droit commun, c'est celle qui a trait à la règle de l'article 1593 du Code civil; il n'est pas besoin, pour en connaître la portée, de lire entre ses termes; malgré leur laconisme, ils sont parfaitement clairs, et ce texte dit juste ce qu'il veut dire, et rien de plus. Appliquons-le donc en suivant ses termes, et concluons en reconnaissant que le droit qu'il confère au précédent propriétaire est un droit de préférence, un privilége, en un mot, car l'expression dont il se sert pour le spécifier est celle même de la définition donnée par la loi du privilége dans l'article 2095 du Code civil, c'est « un droit que la qualité de la créance donne au créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires. » A raison de la qualité qu'il reconnaît, en même temps qu'il la crée, à la créance de l'acquéreur, le législateur lui accorde le droit d'être payé, d'être employé sur son prix par préférence aux autres créanciers. Et c'est si bien un privilége que la cause de préférence est opposable aux créanciers hypothécaires inscrits dont le droit est cependant né avant le sien; or un privilége seul peut être, *potior jure* à l'encontre d'une hypothèque, *prior tempore*.

Cela posé, il ne sera plus question de se payer ni de retenir; toutes les conséquences se déduiront naturellement sans qu'il y ait rien de forcé.

Et d'abord nous constaterons que c'est un privilége mobilier. L'objet de la dette de l'acquéreur est mobilier, c'est son prix; la cause de sa créance est également mobilière, ce sont les frais qu'il a avancés; enfin l'objet de sa créance c'est encore son prix. Donc son privilége ne frappe que sur son prix. Il ne frappe pas sur l'immeuble, car l'immeuble c'est désormais sa chose d'une façon définitive, incommutable au respect du vendeur et de ses ayants droit, desquels il n'a plus aucune éviction à redouter, de telle sorte qu'un privilége

Digitized by Google

n'aurait plus de raison d'être comme dans le cas du 2° de l'article 1251 du Code civil; tandis que le prix est la chose du vendeur et le gage de ses créanciers, au nombre desquels le classe l'article 774, la seule chose sur laquelle puisse désormais s'exercer le droit des créanciers, la seule chose par conséquent sur laquelle il puisse aussi et ait jamais pu se faire payer. Le privilége du vendeur, lui, est immobilier; avant d'être limité au prix, il frappe d'abord et *principaliter* l'immeuble même pour le payement du prix. Si c'était l'immeuble qui fût affecté au payement de la créance du nouveau propriétaire, cet avantage serait subordonné à l'inscription (art. 2106 C. civ.), et comme cette inscription ne pourrait être assise que sur un immeuble au prix duquel les créanciers ont un droit irrévocablement fixé, il ne pourrait venir qu'après eux : dès lors il se payerait lui-même de ses propres deniers, sa créance serait éteinte, c'est-à-dire qu'elle ne pourrait même pas naître, ce qui nous conduit à l'absurde [1]. Ce qui prouve encore que c'est un privilége mobilier à la différence du droit du vendeur et des créanciers qui est immobilier, c'est qu'il n'est pas accompagné du droit de suite (art. 2119, 2166 C. civ.). Le privilége immobilier, comme hypothèque, comporte deux choses, suite et préférence, c'est élémentaire : par l'effet de la purge le vendeur et les créanciers ont perdu le premier, et ne conservent que le second; mais pour être amoindri leur droit n'en a pas pour cela changé de nature; toute autre est la situation du nouveau propriétaire, son privilége n'est qu'un droit de préférence ce qui est la qualité essentielle du privilége sur les meubles, et c'est bien à propos que l'article 774 emploie ce mot même de *préférence;* en effet, au moment où intervient le nouveau propriétaire, tout est fini quant à l'immeuble, il

[1] Toutefois peut-être pourrait-il en être autrement en cas de surenchère, et un pareil droit ne serait pas alors sans utilité pour l'acquéreur, puisque s'il était dépossédé par suite de la surenchère, son privilége grevant l'immeuble produirait effet au moment où ledit immeuble passerait en d'autres mains (art. 1251 et 2188) et le nouvel acquéreur serait tenu de payer la créance de l'acheteur dépossédé comme charge de son acquisition. Mais le privilége sur l'immeuble ne naîtrait précisément que quand l'acquéreur perdrait son droit de propriété sur lui; et ce ne pourrait jamais être dans tous les cas notre espèce, puisque l'article 774 suppose nécessairement qu'il n'y a pas eu et qu'il ne peut plus y avoir de surenchère.

Digitized by Google

ne s'agit plus que du prix qui est en distribution. C'est donc bien le prix et non l'immeuble qu'atteint le privilége de l'article 774, et c'est le prix qui est sous entendu dans cet article.

Mais après cette première constatation, nous sommes arrêtés par la question de savoir à quelle classe appartient notre privilége. La solution semble délicate, car la créance n'ayant d'autre fondement que la loi, et les priviléges dérivant aussi de la loi, lorsqu'elle est muette il y a toujours quelque difficulté à décider dans quelle catégorie doit rentrer un privilége comme celui qui nous occupe. Deux solutions se présentent tout d'abord à l'esprit : 1° privilége de frais de justice, article 2101-1°; — 2° privilége pour conservation de la chose, article 2102-3°. Mais il n'y a là qu'une apparence spécieuse, et nous croyons devoir les rejeter tous les deux.

1° En faveur des frais de justice on peut dire, comme l'arrêt de Toulouse cité plus haut, qu'ils se rattachent à l'instance d'ordre, que celle-ci ne peut s'ouvrir qu'autant que le prix a été fixé et que l'acquéreur est devenu propriétaire incommutable par l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 2183 du Code civil; que l'article 774 a trait aux frais exposés dans la période de l'ordre; qu'il est inscrit au titre de l'*Ordre*, et que cela signale l'instance à laquelle il s'applique. Ces derniers motifs sont excellents pour déterminer le mode d'exercice du privilége, comme nous le verrons plus loin, mais ils ne prouvent rien quant à la classification du privilége, et il faut répondre que cette extension du privilége des frais de justice est aussi abusive qu'elle est inutile, la créance étant d'ailleurs privilégiée; que la qualification de frais de justice ne s'applique qu'à ceux qui sont faits dans l'intérêt de la masse créancière, principalement en réalisant le gage commun. Les frais de purge n'ont à aucun titre ce caractère, et l'arrêt précité n'a pu le leur reconnaître qu'en se mettant en contradiction avec les principes qu'il venait de proclamer quelques lignes plus haut. (Vid. sup., p. 11.)

2° Ces considérations feront également rejeter l'idée que nous sommes en présence d'un privilége pour la conservation de la chose, car l'acquéreur n'a rien conservé, si ce n'est sa propre chose dont les frais en question n'ont fait que consolider incommutablement la propriété entre ses mains, et

Digitized by Google

par contre diminuer le gage des créanciers du droit de suite que leur conférait leur hypothèque. A ce point de vue, les frais de purge, loin de conserver la chose dans leur intérêt, l'ont fait périr *in parte qua* à leur respect, en réduisant désormais leur droit sur l'immeuble à une simple préférence sur le prix, sauf, bien entendu, la poursuite de folle enchère s'il y a lieu.

Quant à nous, nous pensons que ce privilége est celui que l'article 2102-2° accorde sur le gage dont le créancier est saisi, car l'acquéreur détient son prix, et telle est bien exactement la situation indiquée par l'article 774, lorsqu'il dit qu'*il est employé par préférence* (sur son prix) *pour le coût*, etc. De bons esprits ont pu y voir le droit pour l'acheteur de s'approprier son gage jusqu'à concurrence; mais nous pensons avoir démontré avec l'article 2078 du Code civil que c'est là un droit exorbitant, de tout point contraire aux principes et à la nature du gage et du droit de rétention qu'il confère, aussi bien qu'il est en opposition avec le mode suivant lequel s'exercent les priviléges, ce qui nous reste à démontrer.

C'est ici que s'accentue la différence entre le système adverse et celui que nous suivons, car jusque-là elle n'a été que dans les principes; désormais elle va se développer dans les effets, c'est-à-dire dans l'exercice du droit.

V

L'exercice du privilége de l'acquéreur peut constituer un droit ou un devoir pour lui de se présenter à l'ordre afin de le faire valoir. Si c'est un droit seulement, il devra toujours être admis à produire, de la même façon que les créanciers inscrits; si c'est un devoir, il ne pourra se soustraire à la nécessité de produire sans encourir une peine plus ou moins sévère. Nous avons donc à envisager la question sous ces deux aspects; bien qu'il semble à première vue qu'il devrait suffire de constater d'abord s'il faut y reconnaître une obligation pour l'acquéreur, puisque, en cas d'affirmative, il en résultera implicitement un droit pour lui, il nous paraît préférable de commencer par examiner le second point : les observations suivantes feront ressortir l'intérêt de cette méthode.

Digitized by Google

Dans la pratique, l'usage s'est établi depuis longtemps de produire pour les frais de notifications. Depuis la loi du 21 mai 1858, se plaçant dans les idées d'économie et de célérité de cette loi, la jurisprudence des juges-commissaires et des tribunaux a réagi contre cet usage. Pour bien apprécier le débat, il n'est point indifférent de se rappeler avant tout comment l'acquéreur se trouve joint à la procédure d'ordre. Laissons de côté la tentative d'ordre amiable où, tout étant subordonné au consentement des intéressés, il ne peut être conséquemment question d'instance liée, de formalités, de délais ni de déchéances. Aux termes de l'article 753 du Code de procédure civile, dans les huit jours de l'ouverture de l'ordre, sommation de produire doit être adressée aux créanciers inscrits, et « l'*ouverture de l'ordre est en même temps dénoncée à l'avoué de l'adjudicataire.* » Cet article fait ici, entre la sommation aux créanciers de produire et la dénonciation de l'ouverture de l'ordre à l'acquéreur, une distinction qui sert de base au système qui exclut l'acquéreur du droit de produire. Voici le raisonnement : la loi ne considère pas l'acquéreur comme un créancier, puisqu'elle ne veut pas qu'il soit sommé; or les créanciers ont seuls droit de produire, puisque seuls ils encourent des déchéances (art. 755 et 756 C. pr. civ.); donc l'acquéreur n'a pas le droit de produire; l'article 774 lui suffit. Autrefois, l'ordre se passait en dehors de lui; la loi de 1858 crée une situation nouvelle à son profit; mais, pas plus qu'avant, il n'est pas partie à l'ordre, il n'y est que présent et s'il le juge convenable. Ce raisonnement est-il bien rigoureux? Il semble que tout ce qui peut en résulter, c'est que la forclusion des articles 755 et 756 du Code de procédure ne lui serait pas opposable; mais cela n'a trait qu'au point de savoir si la production est obligatoire pour lui, et spécialement quelle est la sanction de cette obligation, point que nous aurons à examiner quand le moment sera venu; mais il laisse entier celui de savoir si c'est un droit pour lui. Ce côté de la question a été élucidé par M. Rouzé dans le *Journal des avoués* (1862, p. 161). Il a réuni, en leur donnant une nouvelle force, tous les moyens produits, et nous ne pouvons rien ajouter à son argumentation très-serrée et très-complète :

« Sous l'empire de l'ancien article 753 du Code de procé-

Digitized by Google

dure civile, l'adjudicataire produisait pour ses frais extraordinaires de transcription, sans que ce droit lui fut contesté, et cependant il n'était pas prescrit de l'appeler à l'ordre; mais en présence des termes de l'article 777 du même Code, la théorie considérait ce droit comme incontestable, et la pratique, qui comble souvent les lacunes de la loi, avait compris l'utilité de la présence de l'adjudicataire à la distribution de ses deniers, le droit qui lui appartenait de la contrôler, d'en surveiller les incidents et l'exécution, de veiller à l'exacte fixation de son prix, pour n'être pas, en cas d'erreur, forcé de venir plus tard attaquer le règlement définitif par voie de tierce opposition, comme aussi de s'assurer de la validité et de la régularité du titre dont on pouvait en définitive se prévaloir contre lui, et de la mainlevée de toutes les inscriptions hypothécaires ne venant pas en ordre utile; enfin l'adjudicataire pouvait avoir lui-même à faire connaître le chiffre de ses frais extraordinaires de transcription, qu'il importait de bien fixer à l'avance, pour les placer au rang des créances privilégiées, par application de l'article 777, en vertu duquel l'emploi de ces frais avait lieu par préférence.

« Le nouveau législateur aurait-il rejeté toutes ces considérations, et voulu introduire une innovation radicale dans notre droit sur ce point, en créant l'article 753? Non, assurément. La loi nouvelle manifeste très-clairement, au contraire, la volonté du législateur d'appeler l'adjudicataire à l'ordre et de combler la lacune de l'ancien article 753; s'il y a là innovation, c'est en ce sens seulement que la pensée est désormais claire et précise.

« La dénonciation de l'ouverture de l'ordre à l'avoué de l'adjudicataire, quoique usuelle en pratique, n'était pas exigée sous le Code de procédure; notre loi la rend obligatoire, » disent MM. Ollivier et Mourlon, *Comment. de la loi du 21 mai 1858*, n° 340. Il était utile en effet de bien mettre le nouvel article 753 en relation avec l'article 777 ancien, qui autorisait le prélèvement par préférence des frais extraordinaires de transcription, et dont la disposition a été textuellement reproduite dans le nouvel article 774. Ou cet article n'a pas d'objet, ou il permet à l'adjudicataire de demander que le bénéfice lui en soit octroyé par la collocation de ses frais extraordinaires de transcription. S'il pouvait y avoir un doute,

Digitized by Google

il serait levé par le passage suivant du rapport de M. Riché sur la loi du 21 mai 1858 :

« L'utilité d'avertir l'adjudicataire de l'ordre s'explique, a dit M. Riché, par l'intérêt qu'il a à pressentir le moment de la délivrance des bordereaux ou de la consignation exigée par le cahier des charges, par le droit qui peut appartenir à l'acquéreur de se faire colloquer pour les frais de purge. »

« Or, pour qu'il puisse se faire colloquer, il faut bien qu'il produise : donc le droit de production ne lui est pas interdit par la loi nouvelle, qui vient le consacrer à son profit, bien loin de le lui contester.

« Et voici comment s'expriment aussi à cet égard MM. Grosse et Rameau, *Comment. de la loi du* 21 *mai* 1858, n° 323 :

« Sous l'empire du Code de procédure de 1806, bien que l'article 753 ne parlât pas de dénonciation à l'avoué de l'adjudicataire, elle était d'usage, et ce par les motifs qui ont déterminé la commission du Corps législatif à l'introduire textuellement dans la nouvelle rédaction; à savoir : l'*intérêt qu'il a de se faire colloquer pour ses frais extraordinaires de transcription,* de surveiller la mise en distribution de son prix qu'il peut vouloir consigner, et de connaître par avance l'époque approximative de la délivrance des bordereaux.

« Mais la preuve, dit-on, que l'adjudicataire ne peut produire, c'est que l'article 753 ne prescrit à son égard qu'une dénonciation, tandis qu'elle exige une sommation pour le créancier; elle a donc voulu établir entre eux une distinction; de la différence dans les mots il faut conclure à une différence dans les droits, et dire que la loi n'a pas voulu grêver le prix à distribuer de frais de production qui seraient presque toujours supérieurs aux frais extraordinaires de transcription.

« A cela nous répondrons que, de cette différence d'expression, il ne faut pas induire que l'avertissement donné à l'adjudicataire soit sans but ni portée, et c'est à cette conséquence que l'on arriverait; car, nous le demandons, quel peut être l'objet utile de la dénonciation prescrite par l'article 753, si ce n'est de mettre l'adjudicataire en demeure de faire valoir le droit inscrit à son profit dans l'article 774? On somme ceux dont la créance est inscrite, révélée; on dénonce à celui qui peut être créancier ou qui peut ne pas l'être,

Digitized by Google

sans cesser cependant d'avoir un intérêt à la confection de l'ordre et à l'emploi que l'on y fait de ses propres deniers. La différence des expressions s'explique par la différence des situations; il est inutile d'en rechercher la cause dans une interprétation qui enlève à l'article 753 la seule raison de son innovation et à l'acquéreur toute garantie. Comme le dit M. Chauveau, *Procédure de l'ordre*, p. 88, question 2554 *sex.*, « l'adjudicataire qui n'est pas créancier inscrit n'a pas dans l'ordre un intérêt de même nature que celui des créanciers inscrits. Ceux-ci produisent pour se partager le prix dû par l'adjudicataire; ce dernier peut, lorsqu'il s'agit d'un acquéreur qui a droit de se faire colloquer pour les frais de purge, produire aussi à cet effet; son droit, sous ce rapport, se rapproche de celui des créanciers; mais comme cette *collocation* est privilégiée, elle n'offre aucune éventualité douteuse.

« On s'explique donc parfaitement que le législateur ait pu prescrire la sommation aux créanciers inscrits et simplement la dénonciation à l'adjudicataire. Il ne faudrait pas cependant conclure de là, selon le même auteur (question 2554 *sept.*), qu'il y aurait nullité si, au lieu d'une simple dénonciation, le poursuivant avait signifié à l'adjudicataire une sommation de produire; car la prévision du législateur serait parfaitement remplie, si véritablement l'adjudicataire avait à produire pour ses frais extraordinaires de transcription et de purge. »

Du reste, si l'adjudicataire reçoit une notification, c'est qu'il peut intervenir à l'ordre; or cette intervention ne peut se faire que par le ministère d'un avoué, et comme elle sera toujours justifiée par les motifs qui l'ont fait édicter et que nous connaissons, les frais devront en être employés en frais privilégiés d'ordre, ou comme accessoires de la créance que lui donne l'article 774 du Code de procédure. Dès lors tombe à néant la raison de fait, la seule qui paraît avoir suscité le système adverse, celle de l'économie des frais. « Mais faire dépendre l'application d'un principe juste et utile d'une pareille considération serait bien indigne du législateur, dont les préoccupations sont, avant tout, d'accorder à tous les intérêts de légitimes garanties. » Le législateur a manifesté la volonté d'accorder ces garanties, et en la formulant dans

Digitized by Google

l'article 753, il n'a pas entendu que cette prescription restât sans effet, et cet effet engendrera précisément les frais que l'on voudrait éviter.

Par ce qui précède nous paraît donc démontré le droit de l'acquéreur, non-seulement d'être représenté à l'ordre, mais encore d'y produire à raison de sa créance de frais de purge; il en résulte ainsi implicitement que c'est une obligation pour lui à peine de ne pas être colloqué. Nous croyons en effet qu'il faut aller plus loin que lui reconnaître un *droit* dont il pourrait user ou ne pas user sans que sa créance fût compromise, et que l'on doit décider positivement que c'est pour lui un *devoir*, toutes les fois qu'il sera créancier. Nous verrons plus loin quelle en est la sanction, et comment les articles 754, 755 et 756 du Code de procédure civile se concilient très-bien avec ce système, loin d'y répugner et de fournir un argument à son encontre. E. DRAMARD.

(*La fin à la prochaine livraison.*)

BIBLIOGRAPHIE.

MÉMORIAL DU MINISTÈRE PUBLIC, ou Répertoire alphabétique et abrégé de jurisprudence, de doctrine, de législation, d'instructions ministérielles, etc., concernant les attributions administratives et judiciaires du ministère public, etc., par M. C. Dutruc [1]. — COURS DE DROIT CIVIL FRANÇAIS, d'après la méthode de Zachariæ, par MM. Aubry et Rau, 4e édit., vol. IV, V et VI [2]. — EXPOSÉ RATIONNEL DES PRINCIPES DU CODE CIVIL à l'usage des étudiants, par M. F. Bernard. — LE CODE CIVIL EXPLIQUÉ dans ses rapports avec le Code de procédure, par M. Charrier-Juignet.

Compte rendu par M. Gabriel DEBACQ,
docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris.

M. Dutruc, rédacteur en chef du journal du ministère public, et auteur d'ouvrages juridiques estimés, a publié dans ces derniers temps un livre auquel nous ne voulons pas plus longtemps tarder à rendre un hommage mérité.

Le *Mémorial du ministère public*, c'est le titre de l'œuvre

[1] 2 vol. in-8°, Paris 1871. Cosse, Marchal et Billard.
[2] In-8°, Paris, 71-72-73. Cosse, Marchal et Billard.

Digitized by Google

nouvelle de M. Dutruc, affecte la forme d'un répertoire. L'auteur a résumé sous un certain nombre de rubriques habilement choisies la doctrine des auteurs, la jurisprudence, l'analyse des textes législatifs ou réglementaires, des circulaires ou instructions ministérielles sur toutes les matières qu'il importe aux magistrats du parquet de bien connaître.

Le travail de M. Dutruc vient d'autant plus à point que si, dans ces derniers temps, les attributions du ministère public ont fait l'objet d'études assez nombreuses, la plupart des auteurs se sont placés à des points de vue quelque peu exclusifs, et plus particulièrement occupés de l'un des côtés de la mission réservée par la loi aux officiers du parquet; c'est ainsi que nous avons nous-même, il y a peu d'années, spécialement étudié le droit d'action du ministère public en matière civile, que d'autres ont abordé l'examen des questions d'administration intérieure des parquets, du rôle du ministère public quant à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale. Les répertoires généraux, contraints, par l'énorme quantité des sujets auxquels ils s'appliquent, de ne consacrer à chaque institution ou à chaque question que des articles nécessairement restreints, sont au chapitre du ministère public d'une insuffisance absolue. La monographie de MM. Ortolan et Ledeau, fort estimable à coup sûr, a vieilli. Le *Manuel du procureur du roi*, de M. Massabiau, excellent livre sous bien des rapports, n'est pas non plus au courant des controverses les plus récentes à des arrêts rendus en ces dernières années. Le *Mémorial* de M. Dutruc est donc venu en son temps.

Il faut féliciter l'auteur d'avoir osé adopter franchement la forme du dictionnaire. C'est un courage que n'ont pas facilement les auteurs de monographies. Il est assez volontiers reçu que les travaux qui affectent cette forme ne sont pas des ouvrages scientifiques. Nous sommes les premiers à reconnaître que le véritable livre scientifique doit être conçu sur un plan sévère, que les données qu'il contient, classées suivant une méthode rigoureuse, doivent, de déduction en déduction, conduire le lecteur de l'idée générale à l'idée seconde, du principe à la conséquence; que spécialement le juriste véritablement digne de ce nom doit aller chercher les principes épars dans les lois diverses, perdus dans

Digitized by Google

les exposés de motifs ou dans les arrêts, les classer dans un ordre logique pour de tout cela, de toutes ces prescriptions souvent mal libellées, de ces textes mal digérés, faire sortir le droit. C'est ce qu'ont admirablement compris MM. Aubry et Rau dans leur excellent *Cours de droit civil*, le meilleur, sans contredit, que nous ayons eu jusqu'à ce jour.

Mais à côté des travaux de ce genre, il est place pour des livres autrement conçus, utiles eux aussi, et auxquels il faut savoir rendre justice.

Les publications purement scientifiques ont, à côté de leurs qualités incontestables, des inconvénients, de graves inconvénients... pour la grande masse des lecteurs. Dirons-nous que parmi ces inconvénients le principal est de ne rendre pas toujours très-faciles les recherches, et de ne pas présenter à l'œil et à la main du praticien la solution au moment exact où il en est besoin? Il faut prendre les choses pour ce qu'elles sont, et n'oublier jamais qu'il est des nécessités de métier qui ont droit à des satisfactions. Il faut faire la part des exigences d'un travail souvent pressé, des occupations qui ne laissent au chercheur que d'insuffisants loisirs, la part aussi de la paresse qui sait se glisser un peu partout, et à laquelle il faut venir en aide, ne fût-ce que pour en rendre les résultats moins regrettables. Nous voulons que les paresseux soient rares, nous voulons bien admettre qu'ils constituent, dans le monde des gens appelés à s'occuper de droit, des exceptions très-rares : soit;

« Mais s'il n'y en a qu'un, pensons à celui-là. »

Il nous en saura gré peut-être; à coup sûr le justiciable s'en trouvera bien. Il faut donc des livres qui facilitent le travail, fournissent à point nommé le texte utile, la citation intéressante, l'arrêt topique sur la question donnée, ou quelques lignes bien faites qui résument tout cela et n'obligent point le lecteur à tirer lui-même, de déduction en déduction, les conséquences générales d'un principe souvent, d'ailleurs, fort difficile à dégager.

Sans compter que la logique, en matière de législation, n'est pas toujours bonne conseillère, et qu'avec elle seule pour guide, on risque fort de se fourvoyer. Si nous n'avons pas le droit prétorien, nous avons la jurisprudence qui le

Digitized by Google

remplace, et la pratique des affaires qui commande bien des compromis, puis aussi les instructions ou les circulaires, les précédents ou les controverses, grâce auxquelles le pauvre principe de tout à l'heure devient souvent méconnaissable au moment où il va être appliqué. Remercions donc les jurisconsultes qui consentent à faire des livres de métier. Nous permettra-t-on de dire que de pareilles œuvres sont utiles surtout quand elles s'adressent aux magistrats du ministère public? Avec nos procédés actuels de recrutement, il existe en nos parquets beaucoup de jeunes gens dont l'inexpérience a besoin de l'appui de quelques bons manuels et qui ne sont pas fâchés de trouver à côté d'eux un auteur consciencieux qui leur enseigne ce qu'ils ne peuvent savoir encore. Quelques-uns, moins jeunes, moins inexpérimentés, ont besoin qu'on les aide à se souvenir. D'autres, accablés par des occupations incessantes, accueilleront avec bonheur un auxiliaire de chaque instant, qui leur fournisse en son temps la solution de la difficulté qui se dresse devant eux, ou lève l'hésitation qui les arrête. C'est le but qu'a poursuivi M. Dutruc. Il aurait été facile à l'auteur de réunir les articles séparés qui composent son œuvre, de les souder en un traité dogmatique : il n'en a rien fait, ne voulant qu'être utile. Mais étant donnée la forme du livre il était impossible à M. Dutruc d'être plus consciencieux.

Pas un arrêt important, pas un avis de jurisconsulte, un article de Revue n'ont échappé aux investigations de l'auteur qui a su, sans excéder les limites relativement restreintes qu'il s'était imposées, ne rien laisser dans l'ombre de ce qu'il était important de faire ressortir ou de constater. Et ce n'était point chose facile, car le rôle du ministère public dans l'administration de la justice est des plus importants et touche pour ainsi dire à tout. Nombreux sont les cas où la loi lui attribue une mission à remplir. Ainsi trouvons-nous à côté de chapitres plus directement relatifs aux fonctions du ministère public, comme, par exemple, celui de l'action d'office, les rubriques de chose jugée, de prescription, de preuve sous lesquelles sont résumées avec un véritable talent les données de la jurisprudence et de la doctrine. Si le *Mémorial* n'est point un traité de droit civil ou criminel, ni un manuel des fonctions du ministère public, il tient de l'un et de

Digitized by Google

l'autre et renferme un exposé, présenté au point de vue de la pratique, de toutes les règles soit de législation civile et criminelle, soit de pure administration dont la connaissance est particulièrement utile aux magistrats du parquet.

De nombreux renvois permettent au lecteur de se reporter aux sources mises à contribution par M. Dutruc, d'en vérifier l'exactitude. L'auteur aurait pu diminuer le nombre de ces renvois et donner comme siennes la plupart des solutions ou des opinions qu'avec un désintéressement bien rare il n'hésite pas à restituer à qui de droit. En agissant ainsi, il eût eu pour lui l'excuse d'une coutume à peu près générale, car la plupart des auteurs des traités juridiques qualifiés de nouveaux ne font guère d'habitude qu'emprunter à leurs devanciers, et leur talent principal consiste à savoir masquer ces emprunts. M. Dutruc a su résister à la tentation, et il a rendu ainsi à ceux auxquels s'adressait son livre le plus signalé service. Nous n'hésitons pas à l'en remercier.

Si jamais œuvre est destinée à durer, c'est assurément le *Traité de droit civil français* d'après la méthode de Zachariæ dont MM. Aubry et Rau continuent en ce moment la publication.

Le livre de MM. Aubry et Rau est de ceux dont il est absolument inutile de faire l'éloge. Il a conquis dans l'estime de tous les jurisconsultes une place assez haute pour qu'il soit superflu d'en signaler aujourd'hui les qualités éminentes. Nous ne croyons pas qu'une critique quelconque puisse être adressée au *Cours de droit civil* de MM. Aubry et Rau.

La doctrine juridique qui y est professée est admirablement servie par un style toujours ferme, net et concis auquel depuis longtemps les commentateurs du Code civil avaient paru renoncer. Nous avions perdu l'habitude de chercher dans nos traités de droit civil autre chose qu'un simple commentaire article par article ou des dissertations plus ou moins pompeuses, des plaidoyers plus ou moins verbeux. Il n'existait pas de milieu entre les travaux de MM. Mourlon et Delsol, éminemment bien faits, mais destinés surtout aux étudiants, et les publications que nous nous permettons de considérer comme un peu trop étendues de MM. Troplong et Demolombe. MM. Aubry et Rau ont

Digitized by Google

comblé la lacune avec une supériorité que chaque volume nouveau affirme davantage. Les principes de notre droit civil mis en relief avec une incroyable sûreté d'exposition, commentés avec une précision, une rigueur qui ne laissent rien à désirer au juge le plus sévère, conduisent le lecteur à la solution des problèmes juridiques les plus délicats, des questions les plus controversées. En quelques pages MM. Aubry et Rau trouvent moyen de résumer tous ces débats qui ailleurs s'égarent en de nombreux volumes, et au milieu desquels on a peine à se retrouver. S'il est exact, comme d'aucuns le prétendent, que le jurisconsulte vraiment digne de ce nom prépare au moins autant la loi à venir qu'il commente et explique la loi présente, l'œuvre de MM. Aubry et Rau servira à coup sûr de modèle et de guide à nos législateurs futurs : en abandonnant les procédés du commentateur pour faire appel à la science et à la logique du juriste, en donnant, non pas une explication du droit civil, mais un cours de droit civil français, ces savants auteurs ont abordé une œuvre que bien peu de jurisconsultes auraient pu mener à bonne fin. Il est équitable de reconnaître que Zachariæ leur avait donné l'exemple : c'est à lui qu'ils ont pu devoir la pensée première d'une explication synthétique de notre législation civile, mais il n'est que juste aussi de constater l'évidente supériorité du livre de MM. Aubry et Rau sur l'œuvre de leurs devanciers. Il n'est point, pour donner une idée de cette supériorité, d'extrait à faire; il faudrait citer le travail tout entier, toutes les parties en sont traitées avec une égale perfection et une égale conscience.

L'universelle approbation et le succès incontesté qui ont accueilli la quatrième édition du *Cours de droit civil français* de MM. Aubry et Rau en attestent d'ailleurs l'excellence mieux que chose au monde.

Trois volumes avaient paru avant les lamentables événements de 70-71. La guerre étrangère, la guerre civile n'ont point interrompu l'œuvre des éminents jurisconsultes de l'ancienne Faculté de Strasbourg. Trois nouveaux volumes ont été publiés par MM. Aubry et Rau dans ces deux dernières années. Le quatrième volume traite de la matière si importante et si délicate des obligations. Après s'être occupés de l'obligation en général, les auteurs abordent l'explication des

Digitized by Google

diverses espèces d'obligations en particulier, la vente, le louage, la société, les contrats aléatoires, le prêt, la constitution de rentes, le dépôt, le séquestre, le mandat, le cautionnement, le nantissement, les quasi-contrats, les obligations naissant du délit ou du quasi-délit.

Le tome V se réfère aux droits de puissance et de famille; il traite du mariage considéré sous le rapport du lien personnel qu'il crée entre les époux, et quant aux biens de ceux-ci, c'est-à-dire ce que l'on appelle ordinairement la matière du mariage proprement dit, de la séparation de corps, de l'autorisation maritale et celle du contrat de mariage.

Nous trouvons dans la 1re partie du tome VI, l'exposé des règles de la filiation, des devoirs inhérents à la paternité et à la maternité, de la puissance paternelle, des droits de famille. C'est le complément des matières traitées dans le tome V. Dans la 2e partie du même volume, MM. Aubry et Rau s'occupent des droits sur les objets extérieurs considérés comme éléments du patrimoine d'une personne, du patrimoine en général, du patrimoine envisagé comme objet de droits, comme sujet d'obligations, de la transmission du patrimoine d'une personne décédée, c'est-à-dire de l'importante matière des successions.

La quatrième édition du *Cours de droit civil* de MM. Aubry et Rau se composera de huit volumes. Deux volumes restent donc à paraître. Ils seront à coup sûr à la hauteur de leurs devanciers et couronneront dignement une œuvre admirablement commencée.

On nous permettra, après avoir rendu à l'œuvre des deux savants magistrats de la Cour de cassation l'hommage qui lui était dû, d'applaudir aux travaux de deux magistrats, d'un rang moins élevé, MM. Charrier-Juignet et F. Bernard. Ces messieurs viennent de publier : le premier, un *Code civil expliqué dans ses rapports avec le Code de procédure* [1]; le deuxième, un *Exposé rationnel des principes du droit civil à l'usage des étudiants* [2]. Ce sont là des travaux sérieux qui ne sauraient manquer de signaler leurs auteurs à l'attention de leurs supérieurs hié-

[1] 2 vol. Marescq aîné, Paris 1872.
[2] 1 vol. Marescq aîné, Paris 1873.

Digitized by Google

rarchiques. Nous avons été heureux, dans de précédents numéros de la *Revue*, de rendre compte de toute une série de publications juridiques dues à la plume de magistrats de nos différents ressorts. Nous avons parlé des publications de M. Desjardins, alors avocat général à Aix, aujourd'hui procureur général à Douai, de M. Muteau, conseiller à Dijon, de M. Nadault de Buffon, avocat général à Rennes, de M. Fretel, conseiller à Bourges. Nous disions que l'exemple donné par ces laborieux jurisconsultes serait fécond en résultats utiles. Nos pronostics se sont réalisés. MM. Bernard et Charrier-Juignet ont compris que pour se rendre dignes d'occuper les postes élevés de la judicature, les jeunes magistrats devaient consacrer à de sérieuses études les loisirs, quelquefois un peu trop larges, que notre organisation judiciaire leur assure. On ne saurait trop encourager des publications semblables à celles dont nous parlons. On s'occupe beaucoup en ces temps-ci de réformer la magistrature. La meilleure réforme à faire serait de lui rendre la considération dont elle était naguère et avec raison honorée. Nos magistrats d'aujourd'hui valent leurs devanciers; nul plus que nous n'est prêt à rendre à leur impartialité, à la dignité de leur caractère l'hommage qu'elles méritent. Mais quelques choix, justifiés sans doute aux yeux de ceux qui les ont faits, mal compris toutefois, mal interprétés par le monde du droit et des affaires, ont donné ouverture à des critiques qu'il faut faire taire. On a dit que beaucoup de magistrats apportaient sur leurs siéges ou dans leurs cabinets plus de bonne volonté que de science, plus de distinction dans les manières que d'aptitudes juridiques, plus de vigueur administrative que de connaissances acquises. Cela n'était point vrai sans doute en thèse générale; mais l'esprit humain est ainsi fait, et le justiciable si facilement aigri contre ses juges, que ces critiques trouvaient des oreilles pour les recueillir et bien des bouches pour les répéter : le prestige de la magistrature souffrait de ces attaques. Ces préventions auront bientôt disparu si, suivant l'exemple donné par les membres les plus éminents de la Cour suprême, les magistrats des différents ordres se mettent résolûment à l'œuvre, si à côté de livres comme le *Cours de droit civil* de MM. Aubry et Rau, viennent se placer des essais comme ceux de MM. Charrier-Juignet et Bernard.

Digitized by Google

L'*Exposé rationnel des principes du Code civil*, le *Code civil expliqué dans ses rapports avec le Code de procédure* sont donc les bienvenus, et nous sommes heureux d'adresser à leurs auteurs nos plus sympathiques félicitations.

GABRIEL DEBACQ.

BIBLIOGRAPHIE JURIDIQUE ITALIENNE.

Par M. Ernest DUBOIS,
Professeur à la Faculté de droit de Nancy.

PASQUALE FIORE, professeur de droit des gens à l'Université de Pise: NOUVEAU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC suivant les besoins de la civilisation moderne, traduit et annoté par M. P. PRADIER-FODÉRÉ, professeur de droit public au collége arménien de Paris. Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1868 et 1869, 2 vol. in 8° de CXVI — 526 et 695 pages: 15 francs.

Parmi les publications nombreuses et remarquables dont le droit international a fait, de nos jours, l'objet en Italie, M. Pradier-Fodéré a choisi, pour le traduire en français, un livre qui est moins un traité didactique spécial et complet qu'un exposé de vues originales et généreuses, en matière de droit des gens, de droit public et de philosophie du droit. Bien que l'ouvrage de M. Fiore soit antérieur aux événements de 1870 et 1871, il n'a nullement perdu de son intérêt. Les faits qui se sont passés en Europe au lendemain de son apparition donnent parfois, au contraire, quelque chose de plus piquant aux opinions émises par l'auteur ou par le traducteur. J'en citerai pour exemple le chapitre relatif aux traités de paix; c'est le premier du tome II. « Les erreurs des publicistes, dit M. Fiore, sont si nombreuses en cette matière, que nous ne savons par laquelle d'entre elles il faut commencer pour les réfuter. » Pensant que le chef de l'État ne devrait avoir la faculté de stipuler aucun traité sans l'approbation du pouvoir législatif, il estime que cette faculté devrait surtout lui être refusée quant aux traités de paix. Il pose en outre, comme

Digitized by Google

principe fondamental « que les traités de paix qui entrainent la cession d'une partie d'un territoire national ou d'une province entière ne peuvent être validés *sans le consentement spécial de la province* qui doit passer sous la domination du vainqueur. » Le traducteur avait cru devoir ici ajouter une note où je lis, hélas ! «... La plupart des constitutions des peuples libres sont unanimes pour exiger le suffrage de la nation ; mais demander de plus le consentement spécial de la province, *c'est être trop exigeant*. La volonté de la partie peut-elle arrêter la volonté du tout, et la partie n'a-t-elle pas voté avec le tout? La province aurait donc été appelée à se prononcer deux fois ! »

L'ouvrage de M. Fiore se compose de *Préliminaires*, en quatre chapîtres où l'auteur traite de l'histoire, des diverses écoles, du fondement et des sources du droit international, et de trois *Parties* consacrées la première, au droit de la paix; la seconde, au droit de la guerre, et la troisième, au droit diplomatique. Il est écrit dans le but de combattre « les doctrines longtemps admises pour légitimer les usurpations des puissants et l'avilissement des peuples », et de mettre le droit international en harmonie avec les derniers progrès de la civilisation. C'est uniquement en ce sens que l'auteur désire que soit entendue la qualification de *nouveau* donnée par lui au droit dont il expose les principes. Voici quelques exemples de l'esprit libéral dont il est animé.

Il n'admet dans aucune mesure ce qu'on a appelé le droit de la nécessité, même tempéré par la concession de dommages-intérêts à la partie lésée. Il s'élève fortement contre la distinction entre la guerre maritime et la guerre terrestre, à l'aide de laquelle on prétend légitimer sur mer une violation de la propriété privée qu'on ne se permet plus sur terre : il insiste sur la nécessité de faire disparaître une aussi détestable inégalité, disant que « cette tâche regarde la France », qui déjà est parvenue à faire abolir la course.

Quant aux projets de paix perpétuelle, de confédération européenne et de tribunal international, il les repouse comme ne répondant pas au but et comme impraticables. Il pense que la guerre, sans pouvoir jamais être absolument empêchée, deviendra toujours de plus en plus rare et difficile; résultat qui sera dû uniquement aux progrès du dévelop-

Digitized by Google

pement social. L'éclaircissement de la loi morale internationale conduira à rejeter un grand nombre de règles aujourd'hui reçues, de même que celui de la morale sociale à conduit à condamner irrémissiblement des principes autrefois contenus dans les lois civiles ou pénales, comme l'esclavage ou la torture. Il aboutit, en somme, à considérer l'opinion publique comme la vraie et même la seule force des États, soit à l'intérieur, soit dans les relations internationales.

Il n'admet enfin, en aucune occasion, le principe que la fin justifie les moyens.

Le traducteur a joint une introduction historique développée (elle a 112 pages), une table alphabétique (de plus de 30 pages) et des notes nombreuses, dans lesquelles il lui arrive plus d'une fois de combattre l'auteur.

Le livre de M. Fiore est remarquable par l'indépendance de ses jugements. « Il a cherché, dit avec raison M. Fodéré, à devancer le temps, et certes, s'il a quelquefois sacrifié à l'utopie, il aura annoncé plus d'une des conquêtes du droit des gens de l'avenir. » Il a de la chaleur, de la générosité, de l'enthousiasme, mais parfois de la témérité et même de la passion. Le jeune professeur n'a pas toujours su retenir le politique italien.

En signalant un ouvrage qui reproduit l'enseignement donné à Pise par l'auteur, je ne puis me défendre d'une comparaison fort triste pour nous. Le droit international est, en Italie, l'objet d'un cours dans chaque faculté; en France, la Faculté de Paris est la seule où l'État fasse les frais de cet enseignement; s'il est donné en outre dans celles seulement de Nancy et de Douai, c'est grâce aux sacrifices particuliers que se sont imposés ces deux villes, et les professeurs qui en sont chargés ont, d'ailleurs, une autre branche du droit comme objet principal de leur enseignement. L'histoire du droit n'est guère mieux partagée chez nous; le droit constitutionnel et la philosophie du droit le sont encore beaucoup plus mal : ils ne sont pas enseignés du tout. N'est-il pas temps de reconnaître que dans notre organisation de l'enseignement du droit, nous avons trop sacrifié à une fausse idée d'utilité pratique étroitement entendue? — Le droit romain avait seul surnagé dans le naufrage. La commission des Études de droit,

Digitized by Google

récemment instituée, vient de proposer de réduire la place qui lui est attribuée, soit dans les études de licence (seconde sous-commission), soit dans celles de doctorat (troisième sous-commission). Elle s'est engagée ainsi dans la voie diamétralement opposée à celle où l'on devrait entrer. Son excuse, mais non sa justification, est dans les difficultés de la réforme à opérer, parmi lesquelles notre manie d'uniformité absolue est, si je ne me trompe, une des plus considérables. L'Italie songe aussi, et depuis longtemps, à réformer son enseignement du droit et en général tout son enseignement supérieur; mais le nouveau ministre de l'instruction publique, M. Scialoja, entend s'occuper d'abord de la réforme de l'enseignement secondaire.

Disons, pour revenir à notre auteur, que son ouvrage, quoique consacré au droit international public, renferme quelques chapitres relatifs au droit international privé. M. Fiore ne place le fondement de ce dernier ni dans la réciprocité, ni dans le mutuel consentement, mais bien dans les principes rationnels du droit, et repousse la distinction des statuts réels et des statuts personnels. Il est, d'ailleurs, l'auteur d'un traité spécial sur le droit international privé, dont M. Pradier Fodéré nous fait espérer aussi la traduction.

ERNEST DUBOIS.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

1838. Paris. — Imprimerie Arneus de Rivière et Cᵉ, 26, rue Racine.

Digitized by Google

DE LA RÉTROACTIVITÉ DES LOIS DE COMPÉTENCE

ET DE

SON INFLUENCE SUR LE JUGEMENT DES POURSUITES COMMENCÉES.

Par M. Théophile Bazot,
Président de chambre à la Cour d'appel de Chambéry.

« Les lois qui règlent la compétence ont-elles un effet ré-
« troactif? Et lorsque, dans l'intervalle qui s'est écoulé entre
« l'époque du délit et celle où il s'agit d'en juger les auteurs,
« il est survenu une loi qui investit une autre juridiction de
« la connaissance des délits de la nature de celui dont il
« s'agit, est-ce ce nouveau tribunal qui devra procéder au
« jugement, ou bien est-ce le tribunal compétent au mo-
« ment où le délit a été commis? »

Telle est la question que posait Mangin dans son *Traité de l'instruction écrite* (t. II, p. 369).

Elle n'est pas nouvelle, comme on le sait, et, après avoir autrefois divisé la doctrine et la jurisprudence, elle partageait encore les meilleurs esprits lorsqu'en 1871 elle s'est représentée, devant la Cour de cassation, sur un pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour de Bordeaux.

Le débat qui s'ouvrit à cette occasion a été solennel et approfondi : l'éminent rapporteur surtout, M. Saint-Luc Courborieu, dans un rapport que tous les recueils ont publié, fit de la question une étude vraiment magistrale. (V. Sirey, 1871, p. 85.)

L'arrêt du 7 juillet 1871, rendu par la Cour suprême à la suite de ce débat, doit-il, en ralliant toutes les opinions divergentes, mettre fin à une longue et vive controverse?

Je ne me dissimule pas qu'il y a quelque témérité à élever une contradiction en présence d'une décision si forte d'elle-même et de l'autorité de la Cour de cassation. Mais la critique judiciaire doit être, avant tout, une œuvre de sincérité consciencieuse : je prie donc qu'on me permette d'exposer ici respectueusement mes doutes, sans trop considérer la hardiesse de mon entreprise.

Dès à présent il faut qu'on veuille bien se résigner à quel-

Digitized by Google

ques longueurs nécessaires. J'ai besoin en effet, avant d'aborder une discussion délicate, de rappeler les précédents de la question en rapportant l'opinion des criminalistes ainsi que les divers monuments de la jurisprudence.

I

Mangin, que je citais tout à l'heure, faisait, au début de sa dissertation, des réflexions qui ont encore aujourd'hui leur opportunité :

« Cette question, disait-il, a fixé plusieurs fois l'attention « du législateur, mais il ne l'a point résolue d'une manière « uniforme. Les arrêts qu'elle a provoqués se contredisent « et les auteurs qui s'en sont occupés ne s'accordent pas « mieux. Cette divergence tient peut-être à l'influence qu'ont « exercée, sur l'esprit de ceux qui s'en sont occupés, les cir- « constances mêmes qui avaient nécessité des changements « dans les attributions des tribunaux. Depuis 1789, l'orga- « nisation du pouvoir judiciaire a souvent suivi en France « les oscillations de l'ordre politique.

« La création de nouvelles juridictions, des modifications « dans la compétence de celles qui existaient, n'ont eu sou- « vent pour objet que de protéger des intérêts fort opposés, « ou de satisfaire à des besoins passagers. Et, puisque l'or- « ganisation de nos tribunaux est destinée à être aussi mo- « bile que les gouvernements et les systèmes qui se sont « succédé jusqu'à ce jour, il est utile d'approfondir la ques- « tion. Elle s'est représentée en 1832 : qui sait si elle ne se « représentera pas encore? »

La prévision de Mangin ne s'est que trop réalisée depuis. Cherchons donc, si cela est possible, à élever la question au-dessus des considérations de l'ordre politique, à la soustraire à cette mobile influence pour ne faire dépendre sa solution que des principes du droit.

Ce résultat est plus désirable que facile, comme nous allons pouvoir nous en convaincre par l'examen des divers systèmes.

Parmi ces systèmes, il en est deux absolus que nous indiquerons d'abord.

Le premier soutient que les lois modificatives de la com-

Digitized by Google

pétence rétroagissent toujours, parce qu'elles touchent à l'ordre public et qu'en cette matière il ne saurait y avoir de droit acquis. La juridiction, aussi bien que la forme de procéder, est exclusivement déterminée par la loi nouvelle. C'est l'opinion expressément professée par Legraverend, Favard de Langlade, plus récemment par MM. Trébutien et Blanche. Je ne dis rien encore de la jurisprudence, qui fera l'objet d'un examen séparé.

Indépendamment des nécessités impérieuses de l'ordre public, on invoque encore, à l'appui de ce système, certaines dispositions législatives sur lesquelles on prétend le faire reposer.

Tel est notamment l'article 30 de la loi du 18 pluviôse an IX, ainsi conçu :

« Art. 30. A compter du jour de la publication de la pré-
« sente loi, tous les détenus, pour crime de la nature de ceux
« mentionnés dans le titre II, seront jugés par le tribunal
« spécial; en conséquence il est enjoint à tous les juges de
« les y renvoyer avec les pièces, actes et *procédures déjà com-*
« *mencées;* et néanmoins, en cas de condamnation, on n'ap-
« pliquera, aux crimes antérieurs à la présente loi, que les
« peines portées contre ces délits par le Code pénal. »

Tel est aussi ce considérant, emprunté à l'arrêté du 5 fructidor an IX :

« Attendu qu'on opposerait tout aussi inutilement que la
« procédure judiciaire avait été introduite, même pour les
« objets étrangers à l'arbitrage, avant la nouvelle législation,
« *parce que tout ce qui touche à l'instruction des affaires, tant*
« *qu'elles ne sont pas terminées, se règle d'après les formes nou-*
« *velles, sans blesser les principes de non-rétroactivité qu'on n'a*
« *jamais appliqués qu'au fond du droit.* »

Le second système, au contraire, applique, résolûment et toujours, le principe de non-rétroactivité aux lois modificatives de la compétenee.

MM. Chauveau et Faustin Hélie ont développé, avec beaucoup de force, cette opinion dnns leur *Théorie du Code pénal* (t. I, p. 42 et suiv.). Peu touchés de l'autorité législative de la loi du 18 pluviôse an IX, les savants auteurs s'attachent à la règle de non-rétroactivité *qui plane* (ce sont leurs expressions) *sur toute notre législation* et constitue le droit commun.

Digitized by Google

Ils répugnent à admettre, en matière criminelle, une distinction entre la forme et le fond du droit. La forme est souvent une partie précieuse du droit de la défense et particulièrement tout ce qui touche à l'ordre des juridictions est fondamental et sacré. Les juges naturels de tout prévenu sont ceux existant au moment de la perpétration du délit : il ne saurait en être distrait. La règle de compétence n'est tutélaire qu'autant que chaque citoyen est appelé à répondre de ses actes devant un tribunal certain et connu à l'avance. La rétroactivité ferait évanouir toutes ces garanties : elle est donc impossible, à quelque phase qu'en soit arrivée la procédure.

A côté de ces opinions tranchées, absolues, viennent maintenant se placer des systèmes intermédiaires qui prennent leur fondement dans des distinctions diverses.

Merlin est l'auteur de l'un d'eux et il l'a soutenu avec sa vigueur ordinaire, devant la Cour de cassation, dans la célèbre affaire Cadoudal (*Répertoire*, v° COMPÉTENCE, § 3).

Lorsqu'une juridiction a été compétemment saisie et qu'une loi survient qui change la compétence, l'affaire doit être terminée là où elle a été commencée et la loi nouvelle est inapplicable.

Merlin remontant à ces sources du droit romain, qui lui étaient si familières, cite la fameuse loi 30, D., *De judiciis : Ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem recipere debet.*

Il montre ensuite, avec son érudition accoutumée, ce principe de raison suivi par plusieurs édits de nos rois. Charles IX, en instituant, par l'édit du mois de novembre 1563, un tribunal de commerce à Paris, exceptait de son attribution les affaires commerciales *jà intentées et pendantes devant les juges ordinaires*. On rencontre la même restriction : dans l'édit de février 1715, lors de l'institution par Louis XIV d'un tribunal de commerce à Lille; dans l'édit de janvier 1718 relatif à l'institution par Louis XV d'un tribunal de commerce à Valenciennes.

Enfin Merlin termine ses conclusions par une dernière citation qu'il emprunte à la loi du 18 janvier 1792 dont l'article 7 est ainsi conçu :

« Toutes les plaintes et accusations, suivies d'informations antérieures à l'époque de l'installation des tribunaux

Digitized by Google

criminels, *seront jugées par les tribunaux qui s'en trouveront saisis soit en première instance, soit en appel.* »

C'est à cette formule que s'arrête Merlin, comme étant la plus conforme aux principes et à la raison.

Ce système cependant, pas plus que les précédents, n'a satisfait Mangin, qui à son tour propose une distinction différente.

De deux choses l'une : « ou la loi nouvelle distrait de la « juridiction ordinaire une partie de ses attributions pour « en investir un tribunal d'exception, ou elle restitue à la « juridiction ordinaire une partie de ses attributions qu'une « loi antérieure lui avait ôtées.

« Dans le premier cas, celui où la loi nouvelle transporte « à un tribunal d'exception le jugement de délits qui sont « de la compétence de la juridiction ordinaire, cette loi ré- « troagit-elle de droit? Je ne sais si je m'abuse, mais il me « semble qu'il suffit de poser ainsi la question pour en mon- « trer la solution.

« Les lois ne peuvent porter atteinte à des droits acquis; « or le droit incontestable de tout citoyen est d'être jugé « par la juridiction ordinaire pour tous les faits qui étaient « de sa compétence au moment où ils ont été commis. Si « la pénalité attachée à ces faits ne peut être aggravée par « une loi postérieure, les garanties qui résultent de la na- « ture de la juridiction, chargée de décider si ces faits ont « ou non été commis, ne peuvent être ravies à celui qui en « est prévenu. »

L'éminent jurisconsulte rappelle alors le principe de non-rétroactivité, la solennité des déclarations qui l'ont accompagné et la menace qu'un principe contraire ferait peser sur les droits les plus respectables. Il conclut que, dans ce cas, la loi nouvelle ne saurait rétroagir.

Venant ensuite à l'examen de la seconde hypothèse, celle où la loi nouvelle restitue à la juridiction ordinaire des attributions qui lui avaient été enlevées au profit d'un tribunal d'exception, il n'hésite pas à déclarer que toutes les affaires doivent retourner à la juridiction ordinaire, quelle que soit l'époque à laquelle se sont passés les faits.

« Pourquoi cela? Parce que le principe de la compétence « ne cesse pas d'exister dans la juridiction ordinaire, bien

Digitized by Google

« qu'on lui ait ôté la connaissance directe de certaines af-
« faires ; qu'en rendant à cette compétence son libre cours,
« on ne fait que rétablir un état de choses légitime... Au
« surplus, la rétroactivité n'est interdite qu'autant qu'elle
« reviendrait sur le passé pour le changer au préjudice des
« droits acquis; or c'est ce qui n'arrive pas lorsqu'on ne fait
« rétroagir une loi que pour restituer aux citoyens les ga-
« ranties qui leur avaient été momentanément enlevées... »

Mangin apporte toutefois une restriction à sa thèse, car il enseigne un peu plus loin que la juridiction ordinaire ne peut être saisie *qu'autant qu'il n'existe aucun jugement définitif sur le fond.*

Ce dernier tempérament est devenu, pour d'autres auteurs, tout un système. C'est celui que M. Saint-Luc Courborieu avait paru recommander dans son rapport. On peut appliquer à ce système, sauf un mot que je supprimerai, les observations suivantes présentées par M. Blanche dans ses remarquables *Études sur le Code pénal* (t. I, p. 61) :

« Une fois qu'il est admis que les lois de procédure et de
« compétence ont un effet rétroactif, il faut, ce me semble,
« admettre qu'elles opèrent dès qu'elles sont rendues exé-
« cutoires : *leur vertu ne peut être paralysée que par un juge-*
« *ment définitif.* Ce n'est pas l'acte qui saisit le tribunal qui
« fait sa compétence, elle vient de plus haut : elle vient de
« la loi. Or qu'importe qu'une citation, qu'une ordonnance
« du juge, qu'un arrêt de la chambre des mises en accusa-
« tion ait saisi une juridiction, si la loi enlève à cette juri-
« diction sa compétence ? La citation, l'ordonnance, l'arrêt
« ne saisissent le juge qu'à la condition qu'il sera compétent.
« Sa compétence défaillant, il est clair que la citation, l'or-
« donnance, l'arrêt demeurent sans puissance. Ne serait-il
« pas singulier qu'un acte d'instruction eût le pouvoir d'ar-
« rêter la marche de la loi...? »

Puisque j'ai cité M. Blanche en le tronquant, je m'empresse de rétablir la pensée du savant magistrat en rapportant textuellement le passage que j'avais modifié à dessein. M. Blanche avait dit en parlant des lois de procédure et de compétence : *Leur vertu ne peut être paralysée que par un jugement définitif* ET EN DERNIER RESSORT. Ainsi précisée cette opinion n'a plus rien qui la distingue du premier système.

Digitized by Google

Voilà donc cinq systèmes en présence : l'un qui fait rétroagir toujours la loi modificative de la compétence, quel que soit l'état de la procédure, à moins qu'il ne soit intervenu un jugement définitif et en dernier ressort; l'autre qui refuse à la loi nouvelle tout effet rétroactif, même quand la procédure n'est pas commencée; un troisième qui admet la rétroactivité jusqu'au jour où la juridiction ancienne a été régulièrement saisie; un quatrième qui subordonne la rétroactivité au caractère ordinaire ou exceptionnel de la juridiction nouvellement instituée; un dernier enfin qui, reconnaissant en principe l'effet rétroactif de la loi nouvelle, arrête cette rétroactivité au moment où il est intervenu un jugement sur le fond, bien que ce jugement n'ait pas acquis encore l'autorité de la chose jugée.

C'est entre ces systèmes que nous aurons à faire un choix, mais auparvant il nous faut étudier avec soin la jurisprudence. Cet examen attentif est d'autant plus utile que la jurisprudence n'a pas toujours été bien comprise et que, surtout, elle ne présente pas cette forte unité dont on s'est quelquefois prévalu : nous verrons en effet, par la revue rapide que nous en allons faire, qu'elle a subi de nombreuses oscillations et que la solution qu'elle a consacrée en dernier lieu n'est pas celle vers laquelle elle paraissait incliner.

Quand ce long exposé sera terminé, on concevra mieux que j'aie pu considérer une question, qui avait suscité de si profondes divergences, comme une question *ouverte* dont on pouvait encore aborder la discussion.

II

Le premier arrêt que je citerai est celui du 4 messidor an XII. (V. dans Sirey à sa date.)

Georges Cadoudal et ses coaccusés avaient été traduits devant la Cour de justice criminelle et spéciale du département de la Seine, créée par le sénatus-consulte du 8 ventôse an XII, comme prévenus de conspiration contre l'État. L'*affaire n'était pas encore jugée*, lorsque le sénatus-consulte du 28 floréal an XII mit ce délit dans les attributions de la haute Cour impériale. Les accusés crurent devoir demander leur renvoi devant cette Cour. Leur déclinatoire ayant été rejeté,

Digitized by Google

ils se pourvurent devant la Cour de cassation qui rendit l'arrêt suivant :

« Attendu que la Cour de justice criminelle, séant à Paris, « *a été dans le principe légalement investie de la connaissance du* « *procès dont il s'agit;* — Qu'elle n'en a été depuis dépouillée « par aucune loi postérieure; — Que d'ailleurs il résulte des « articles 105 et 133 du sénatus-consulte du 28 floréal que « l'organisation de la haute Cour impériale est encore in- « complète et que le cours de la justice ne peut être sus- « pendu ni retardé; — Rejette. »

La portée doctrinale de cet arrêt ne saurait être méconnue : c'est la consécration manifeste du troisième système rapporté plus haut. La Cour de cassation, en effet, s'attache, et tout d'abord, à constater que la juridiction ancienne avait été *légalement saisie.* Le défaut d'organisation de la juridiction nouvelle n'est qu'un motif accessoire auquel elle n'a pas voulu se tenir. D'ailleurs les conclusions de Merlin sur lesquelles l'arrêt est intervenu en forment le meilleur commentaire.

Vient ensuite, dans l'ordre chronologique, un arrêt du 24 juin 1813 (V. dans Sirey à sa date) dans lequel la Cour suprême paraît adopter une formule et des principes différents. Mais une lecture attentive permettra, je le crois, de le rattacher à la même doctrine.

Voici son texte :

« Attendu qu'il est de principe constant, proclamé parti- « culièrement par les lois des 18 pluviôse an IX et 23 floréal « an X, sur la création des Cours spéciales, que les lois qui « créent des juridictions particulières et des formes spéciales « d'instruction et de jugement entraînent, devant ces juri- « dictions et dans ces formes d'instruction et de jugement, « toutes les affaires de la nature de celles qui sont l'objet de « ces nouvelles attributions *qui n'ont pas encore subi l'épreuve* « *d'un jugement définitif*, sauf à suivre, pour l'application de « la peine, les dispositions des lois existantes à l'époque des « faits de la prévention ou de l'accusation. »

La Cour de cassation fait tomber, sous l'application de la loi nouvelle, les affaires *qui n'ont pas encore subi l'épreuve d'un jugement définitif.* Voilà bien, à ce qu'il semble, une théorie différente, si l'on n'en devait juger que par les mots. Mais

Digitized by Google

regardons-y de plus près : que faut-il entendre par l'*épreuve d'un jugement définitif?* Est-ce la décision qui statue sur le fond, ou bien celle qui règle définitivement la compétence? Je pense, pour ma part, que c'est à cette dernière que la Cour de cassation a fait allusion, car autrement elle serait allée dans ses motifs au delà de son dispositif, ce qui n'est guère dans les habitudes de la Cour suprême.

Demandons à l'arrêt lui-même son interprétation : c'est le moyen le plus sûr. Or, voici la conséquence qu'il déduit des prémisses posées : « Attendu qu'*ainsi* l'arrêt de la Cour « impériale du grand-duché de Berg, *chambre d'accusation*, « en renvoyant le prévenu devant la Cour d'assises par le « motif qu'il ne pouvait pas être constaté si le crime avait « été commis sous l'empire des anciennes lois ou sous celui « du Code pénal actuel, a méconnu les règles de compétence « établies par la loi... Casse. »

La juridiction de jugement n'avait donc pas encore été *saisie*, et l'arrêt du 24 juin 1813 ne rétracte rien de la doctrine proclamée par celui du 4 messidor an XII.

On cite quelquefois (Mangin, *Instruction écrite*) les arrêts des 19 juillet, 6 septembre, 18 octobre, 14 novembre 1816, comme ayant consacré le principe de non-rétroactivité en matière de compétence. — L'application n'est pas très-directe. — Ces arrêts, en effet, ont eu essentiellement pour but d'interpréter la loi du 20 décembre 1815 qui instituait les Cours prévôtales, et ils ont décidé seulement que les prévenus pourraient, pour les délits commis antérieurement à la loi et dans les affaires commencées, invoquer le bénéfice de certaines formes protectrices qui précédaient le débat devant les Cours compétentes avant la loi nouvelle. — Sous ce rapport on avait considéré qu'il y avait des principes qui tenaient au fond même du droit... Sans réclamer directement pour notre thèse l'autorité de ces décisions, je me borne à faire remarquer que la même observation peut s'appliquer dans une certaine mesure à la compétence. — On lit, en effet, dans l'arrêt du 19 juillet 1818 (V. dans Sirey à sa date) le motif suivant :

« Attendu que pour les crimes antérieurs à la promulga- « tion de cette loi, qui auraient dû être jugés par les Cours « spéciales, si elles n'avaient pas cessé d'exister, le législa-

Digitized by Google

« teur a donc voulu conserver aux accusés les anciennes ga-
« ranties qui réglaient la juridiction spéciale ; — Qu'il a voulu
« que l'instruction de ces crimes fût faite et *la compétence*
« *jugée* de la même manière et dans les mêmes formes
« qu'elles l'auraient été si les Cours spéciales avaient pu en
« connaître... »

Ce n'est là, j'en conviens, qu'une argumentation indirecte ; mais voici un arrêt, du 10 mai 1822 (V. dans Sirey à sa date), rendu sous la présidence de M. Barris, qui confirme hautement la jurisprudence inaugurée par l'arrêt du 4 messidor an XII :

« Considérant, sur le moyen de cassation pris de la viola-
« tion du principe de la non-rétroactivité des lois, que, dans
« le silence de la loi relativement à son effet sur le passé, ce
« principe n'est applicable qu'au fond des droits acquis et à
« la punition des délits antérieurement commis, mais nulle-
« ment aux règles d'après lesquelles ces droits et ces délits
« doivent être poursuivis devant les tribunaux ; — *Que s'il est*
« *également de règle que tout procès doit être jugé par le tri-*
« *bunal qui en a été d'abord légalement saisi, aussi longtemps*
« *que ce tribunal n'a pas été supprimé et que rien de contraire*
« *n'a été ordonné par la loi qui a établi une nouvelle compétence*,
« ladite règle ne peut recevoir d'application à l'espèce ac-
« tuelle, puisque, à l'époque de la promulgation de la loi du
« 25 mars 1822, *aucun arrêt de renvoi n'avait encore été rendu*
« *par la chambre d'accusation, seul mode reconnu par les lois*
« *antérieures de saisir la Cour d'assises, d'où il suit que dans cet*
« *état de la procédure, le demandeur devait, d'après le change-*
« *ment de compétence introduit par la nouvelle loi du 25 mars*
« 1822, *être renvoyé à la police correctionnelle*... Rejette. »

L'importance de cet arrêt est considérable. Il n'a pas la concision un peu sèche de celui du 4 messidor an XII, mais, en des termes aussi fermes que nets, il développe une théorie complète qui emprunte au nom de l'illustre président Barris une autorité particulière. Deux règles bien précisées et mises en parallèle gouvernent cette matière délicate. — La loi modificative de la compétence atteint les délits commis antérieurement : les prévenus n'ont pas à cet égard de droit acquis que la rétroactivité puisse blesser. — Mais si la juridiction ancienne a été légalement saisie, avant la promulga-

Digitized by Google

tion de la loi nouvelle, le droit du prévenu ou de l'accusé naît, et le procès doit être terminé là où il a été régulièrement commencé. — L'esprit se sent à l'aise en présence d'une doctrine qui paraît claire autant que juridique.

Cherchera-t-on à affaiblir l'autorité de l'arrêt de 1822 (on l'a essayé) en lui opposant un arrêt rendu, quelques années auparavant, par la Cour de cassation le 25 novembre 1819? (V. dans Sirey à sa date.)

Il faut donc en rapporter les termes :

« Attendu que si l'instruction était complète avant la loi « du 26 mai 1819, cette circonstance ne pouvait nullement « modifier les règles de la compétence établie par les ar- « ticles 13 et 14 de cette loi; — Qu'aux termes de son ar- « ticle 30, la juridiction correctionnelle ne pouvait demeurer « compétente que dans le seul cas où, lors de la publication « de cette loi, *il aurait été rendu un jugement définitif sur le « fond des poursuites...* »

Y a-t-il contradiction entre ces deux arrêts? On le présumera difficilement, si l'on remarque que tous deux ont été rendus sous la présidence de M. Barris. Mais il est une explication naturelle que suggère la rédaction même de l'arrêt de 1819 : c'est que l'article 30 de la loi du 26 mai 1819 lui assurait un effet rétroactif. Or si, dans le silence de la loi, on doit se garder de la faire rétroagir, devant une disposition expresse, tous les scrupules doivent tomber; car il est un principe plus élevé encore que celui de la non-rétroactivité : c'est le respect absolu de la loi, même quand elle est rétroactive.

Jusque-là donc, il n'est pas inutile d'en faire l'observation, la jurisprudence paraissait bien s'être affermie dans la voie ouverte par Merlin. Trois arrêts au moins, peut-être quatre, avaient consacré le système qu'il avait professé.

C'est à partir de cette époque seulement qu'il se produit, dans la jurisprudence de la Cour suprême, des variations; mais, en les constatant, nous aurons l'occasion de signaler des circonstances de fait trop souvent oubliées qui diminuent beaucoup leur importance doctrinale.

Dans cette nouvelle série, nous citerons en premier lieu l'arrêt du 16 avril 1831 (Sirey, 1831, 1, 304) :

« Attendu qu'en effet, au milieu des changements qui in-

Digitized by Google

« terviennent dans la législation, il est de règle, à moins que « le législateur n'en dispose autrement, que les procès cri- « minels dans lesquels il n'y a pas de *jugement définitif et en « dernier ressort*, doivent être continués dans les formes et « devant les tribunaux nouvellement établis; — Qu'en ma- « tière de juridictions qui sont d'ordre public, il ne peut y « avoir de droit acquis et que le principe de non-rétroacti- « vité des lois criminelles n'est applicable qu'à la pénalité « des délits commis antérieurement aux nouvelles lois; — « Et attendu que, dans l'espèce, le tribunal de première « instance et la commission d'appel, *saisis légalement* de « l'affaire de traite relative au navire la *Sabine*, n'ont, après « une longue instruction, prononcé incidemment qu'une « condamnation indépendante du fait de traite; — Que cette « affaire, quoique née en 1824, n'était point, en ce qui con- « cerne le délit, objet des poursuites, *définitivement jugée* lors « de l'ordonnance qui a changé la juridiction; qu'elle ne « pouvait donc plus être régulièrement portée que devant « les tribunaux criminels ordinaires et que les tribunaux « d'exception, qui n'en avaient connu qu'en vertu d'une or- « donnance depuis abrogée, avaient cessé dès lors d'être « compétents... »

Cette fois la théorie a bien réellement changé avec la formule qui l'exprime. Nous voyons apparaître pour la première fois ces expressions de *jugement définitif et en dernier ressort :* la voie se trouve ainsi largement ouverte à la rétroactivité qui atteint non-seulement les procès commencés, mais encore les procès jugés, pourvu qu'ils ne le soient pas irrévocablement. Cette modification dans la jurisprudence était si grave que la Cour de cassation n'a pas tardé à limiter de nouveau une doctrine aussi étendue.

Quant à l'arrêt de 1831, contentons-nous de dire qu'il y avait peut-être une meilleure raison à donner à l'appui de sa solution : c'est que la juridiction ancienne avait été supprimée. Dans ces circonstances, nous l'établirons nous-même plus tard, la rétroactivité de la loi nouvelle est une nécessité.

La réaction, à laquelle nous venons de faire allusion, se produit dès l'arrêt du 22 septembre 1832 (Sirey, 1833, 1, 351) : la formule « *jugement définitif et en dernier ressort* » a disparu.

Digitized by Google

La rubrique qui précède l'arrêt en donne l'analyse suivante : « L'article 8 de la loi du 8 octobre 1830 portant que les délits de la presse *qui ne seraient pas encore jugés* le seront par les Cours d'assises, ne s'applique pas aux délits sur lesquels il existait *un jugement frappé d'appel.* »

Voici maintenant, *parte in quâ*, l'arrêt de la Cour de cassation :

« En ce qui touche la compétence : Attendu que l'article 8 « de la loi du 8 octobre 1830 n'attribue aux Cours d'assises « que les délits de la presse qui ne seraient pas encore jugés; « que, dans l'espèce, le fait imputé au demandeur avait été « jugé par le tribunal correctionnel de Gray; qu'il n'était « donc pas au nombre de ceux dont la loi du 8 octobre ré- « servait la connaissance aux Cours d'assises... »

Cette décision est à noter en ce qu'elle fait un retour sur la doctrine trop absolue de 1831. Mais il convient surtout de remarquer que si, dans cette mesure plus restreinte, la loi rétroagit sur les affaires non jugées, c'est moins en vertu d'un principe général que de la disposition expresse d'une loi spéciale, l'article 8 de la loi du 8 octobre 1830.

Avec l'arrêt du 12 octobre 1848 (Sirey, 1848, 1, 641), nous allons constater des nuances nouvelles :

« Attendu d'une part que le principe de la non-rétroacti- « vité des lois ne s'applique qu'au fond du droit; — Que les « lois de procédure et d'instruction sont obligatoires du jour « de la promulgation en ce qui concerne *les procès commencés* « *comme les procès à naître;* qu'au nombre de ces lois, il faut « comprendre celles qui modifient, soit la composition des « tribunaux, soit leur compétence... »

En lisant cet arrêt, on doit reconnaître qu'il contient une doctrine générale différant, par l'expression, de celle de l'arrêt de 1831, différant aussi de celle des arrêts de l'an XII, de 1813 et de 1822. Mais quand on va au fond des choses et qu'on tient compte des faits, on demeure convaincu que cette décision doit se rattacher plutôt à la théorie de 1822 qu'à celle de 1831. Je m'explique : dans l'espèce jugée en 1848, l'affaire avait été portée devant la juridiction nouvelle, et *la juridiction ancienne n'avait jamais été saisie.* La loi ne rétroagissait donc pas sur un procès *commencé* devant une autre juridiction et, sous ce rapport, les

Digitized by Google

motifs de l'arrêt allaient au delà du fait particulier soumis à la Cour de cassation.

En poursuivant cette revue chronologique, nous trouvons la question discutée, dans un débat solennel, devant la haute Cour de Bourges. — L'arrêt du 8 mars 1849 (Sirey, 1849, 2, 225, 241), intervenu dans une affaire qui eut beaucoup de retentissement, pose des principes importants. Mais cette fois encore il se rencontre une circonstance de fait décisive. Les accusés avaient bien été renvoyés devant la Cour d'assises de la Seine par un arrêt de la chambre des mises en accusation, mais un décret du 22 janvier 1849, rendu par l'Assemblée nationale, les avait expressément déférés à la haute Cour de Bourges. On pouvait bien désapprouver cet acte législatif, mais son autorité était certaine : la loi, même rétroactive (c'était le cas), doit être respectée.

Voici maintenant l'arrêt :

« Attendu que si, en vertu du principe d'éternelle justice « consacré par les articles 2 du Code civil et 4 du Code pénal, « les lois répressives ne s'appliquent qu'aux faits postérieurs « à leur promulgation, il en est autrement des lois de procé- « dure et de compétence qui, du moment où elles ont force « d'exécution, régissent indistinctement *les procès nés et à* « *naître;* — Que l'instruction des affaires tant civiles que cri- « minelles se composant d'actes successifs, ceux de ces actes « non consommés qui précèdent la décision *définitive et en* « *dernier ressort* appartiennent à l'avenir et subissent dès « lors l'empire des formes nouvelles auxquelles il est sou- « mis;

« Attendu, en ce qui concerne spécialement la juridiction, « qu'elle n'est qu'un mode d'exercice de la puissance publi- « que; que le législateur étant toujours le maître de modi- « fier cet exercice suivant le besoin des temps, restreindre « aux procès non encore existants l'effet des changements « qu'il y apporte, ce serait entraver dans sa sphère d'action « la souveraineté nationale qu'il représente, consacrer « l'inégalité là où un principe commun appelle une applica- « tion commune, reconnaître des droits acquis contre les « juridictions qui sont d'ordre public

« Attendu qu'il n'existe, quant à la force légale de ces « règles, aucune différence entre le cas où un tribunal sup-

Digitized by Google

« primé en entier est remplacé par un autre et celui où, « comme dans l'espèce, une certaine nature d'affaires est « transportée de la juridiction ordinaire à une juridiction « constitutionnellement établie; que, dans ces deux cas, il y « a parité de situation, identité de principes, uniformité de « conséquences... »

Il est bien permis de ne pas se rendre à cette argumentation, mais c'est en convenant qu'elle est présentée dans cet arrêt d'une manière magistrale. Quoi qu'il en soit, n'oublions pas qu'il était intervenu dans cette affaire un acte législatif qui, nettement rétroactif, ne permettait guère d'hésiter sur la compétence. Relevons encore, avant de passer outre, ces expressions de *jugement définitif et en dernier ressort* que la Cour de cassation sera appelée encore une fois à désavouer.

D'autres arrêts qui suivent énoncent, souvent dans les mêmes termes, les mêmes principes, mais à leur tour ils nécessitent une observation particulière.

On lit dans un arrêt du 13 mars 1850 (Sirey, 1850, 1, 225) :

« Attendu que le principe de non-rétroactivité des lois ne « s'applique qu'au fond du droit et ne s'étend pas aux lois « de compétence et de procédure... »

Dans cette espèce, la juridiction ancienne *n'avait pas été saisie*, et, à vrai dire, l'arrêt tranche seulement la question de savoir si la compétence nouvellement instituée s'étend aux délits commis *antérieurement*.

Le 2 avril 1852 (Sirey, 1852, 2, 476), le Conseil d'État a l'occasion de proclamer la même doctrine, et il emprunte à quelques arrêts de la Cour de cassation leur formule :

« Attendu que les lois de procédure et de compétence sont « obligatoires du jour de leur promulgation, *aussi bien pour « les procès déjà commencés que pour ceux qui prennent naissance « depuis...* »

Qu'on consulte les faits de l'espèce, et l'on verra que là encore la juridiction ancienne *n'avait pas été saisie* et que, par suite, aux termes d'une certaine doctrine, il n'y avait pas de droit acquis.

La même observation doit être faite à l'égard de l'arrêt du 27 janvier 1855 que je me dispenserai de rapporter (Sirey, 1855, 1, 465).

Les arrêts de la Cour suprême des 12 septembre et 27 dé-

Digitized by Google

cembre 1856 (Sirey, 1857, 1, 76) se rapportent à un ordre d'idées différent, puisqu'il s'agit de juridictions supprimées, mais ils doivent aussi entrer dans cet exposé général.

Voici le texte de l'un d'eux :

« Attendu que l'article 2 du Code civil portant : « La loi « ne dispose que pour l'avenir; elle n'a pas d'effet rétroactif, » « n'est applicable qu'aux lois qui ont créé au profit des ci- « toyens des droits personnels et aux faits punissables con- « formément à l'article 4 du Code pénal; — Qu'on ne peut « l'étendre aux formes de procéder devant les tribunaux et « aux règles relatives à la compétence de ces tribunaux, « qu'autant qu'il est intervenu *jugement définitif* sur le fait « poursuivi; — Attendu que ce serait violer l'ordre des juri- « dictions et mettre un obstacle quelquefois insurmontable « au jugement du procès que d'en retenir la connaissance à « des juridictions abolies ou dépourvues des moyens de lui « donner une solution conforme à la volonté du législateur ;

« Et attendu que, dans l'espèce, la loi du 13 juin 1856 « est devenue exécutoire, dans le département de la Loire, « le 28 du même mois de juin; qu'à cette époque il n'était « intervenu aucun *errement définitif* sur l'appel interjeté par « le ministère public du jugement correctionnel, rendu par « le tribunal de Roanne, dans la poursuite dirigée contre « Rullière; que seulement des témoins avaient été cités sur « cet appel, antérieurement à la promulgation de la loi pré- « citée, à la diligence du ministère public, sans qu'il eût été « même procédé à l'audition de ces témoins et à l'interro- « gatoire du prévenu; — D'où il suit qu'en se déclarant com- « pétent pour juger cet appel et en retenant la connaissance « de cette poursuite, malgré le déclinatoire proposé par le « ministère public, le tribunal de Montbrison a faussement « appliqué l'article 2 du Code civil, prorogé des pouvoirs « dont il était dessaisi par la loi du 13 juin 1856 et violé l'ar- « ticle 2 de cette loi... Casse. »

Bien que statuant dans une hypothèse toute spéciale, cet arrêt s'applique néanmoins à affirmer une théorie générale sur la rétroactivité, mais il efface soigneusement l'expression de jugement *en dernier ressort* pour se borner à celle de *jugement définitif;* il se sert même d'un mot nouveau : *errement définitif*.

Digitized by Google

On peut s'étonner, en présence d'une jurisprudence si ferme, au moins sur certains points, de trouver dans un arrêt du 11 décembre 1863 (Sirey, 1864, 1, 301) la déclaration suivante : « Attendu que les lois de procédure et d'instruc-« tion n'ont pas d'effet rétroactif. »

C'était une véritable dissonance dans la jurisprudence de la Cour suprême qui revient bien vite à ses principes dans l'arrêt du 7 décembre 1865 (Sirey, 1866, 1, 312) :

« Attendu, en droit, que les lois de procédure et d'instruc-« tion sont obligatoires du jour de leur promulgation et de-« viennent immédiatement applicables aux poursuites en « cours d'exécution pour des crimes et délits commis anté-« rieurement; — *Qu'il en est de même des lois modificatives de « la compétence;* que le principe s'étend également au cas où « le changement d'attribution résulte de modifications ap-« portées par le pouvoir compétent aux classifications terri-« toriales... »

Nous arrivons ainsi, après avoir suivi toutes les nuances de la jurisprudence, au remarquable arrêt du 7 juillet 1871, par lequel la Cour de cassation donne à sa jurisprudence son dernier développement, précisant mieux que jamais sa doctrine, indiquant nettement jusqu'où elle doit s'étendre ainsi que le point où elle doit s'arrêter.

Voici le texte de cette importante décision :

« Attendu qu'il résulte, des constatations identiques du « jugement de première instance et de l'arrêt attaqué, que « Lapeyre (Pierre-Paul) avait été traduit par citation di-« recte, à la requête du ministère public, en date du 28 mars « 1871, devant le tribunal correctionnel de Bergerac, pour « avoir, à la même date et dans cette ville, proféré publique-« ment les paroles : *A bas l'Assemblée nationale*, fait prévu et « puni par l'article 8 de la loi du 25 mars 1822; — Que, par « jugement du 29 du même mois, le tribunal correctionnel « a déclaré le prévenu coupable du délit de cris séditieux « qui lui était imputé et l'a condamné à un mois d'empri-« sonnement et 16 francs d'amende; — Que, sur l'appel de « Lapeyre, la cause a été portée à l'audience de la chambre « des appels correctionnels de la Cour de Bordeaux du « 26 avril dernier; — Qu'après le rapport du conseiller à ces « fins commis, l'interrogatoire du prévenu qui avait proposé

Digitized by Google

« un moyen d'incompétence pris des dispositions du décret « de la délégation de Tours du 27 octobre 1870, les plaidoi- « ries et les réquisitoires du ministère public, la cause a été « continuée pour la délibéraion et la prononciation de « l'arrêt ; — Que, le 11 mai suivant, la Cour de Bordeaux a « rejeté, avec raison, le moyen présenté par Lapeyre par le « motif que le décret susrelaté n'avait pas été légalement « promulgué, mais qu'elle a déclaré d'office la juridiction « correctionnelle incompétente par application des arti- « cles 1, 2 et 6 de la loi du 15 avril dernier sur les délits de « la presse, promulguée le 23 et devenue exécutoire à Bor- « deaux le 30 du même mois. »

Après avoir ainsi exposé avec beaucoup de précision les faits, la Cour aborde le droit en ces termes :

« Attendu qu'aux termes de l'article 2 du Code civil, la « loi ne dispose que pour l'avenir, qu'elle n'a pas d'effet « rétroactif ; — Que cette règle de non-rétroactivité ne s'ap- « plique qu'au fond du droit ; — Qu'il est de principe, en « effet, que les lois de procédure et d'instruction, comme « celles qui modifient la composition des tribunaux et la « forme des jugements, sont obligatoires au moment où « elles sont promulguées et deviennent immédiatement ap- « plicables aux délits commis antérieurement *jusqu'à ce qu'il « soit intervenu un jugement définitif sur le fait poursuivi ;* — « Qu'il en est de même des lois modificatives de la compé- « tence qui, en général, dès la promulgation, saisissent les « délits et les prévenus, *pour les procès nés comme pour les « procès à naître ;* — Mais qu'il cesse d'en être ainsi, en ce « qui concerne l'application d'une loi de compétence, *rela- « tivement aux affaires commencées qui ont subi, avant qu'elle « fût exécutoire, l'épreuve d'une décision sur le fond, alors « même que cette décision aurait été frappée d'appel et que les « juges du second degré n'auraient pas définitivement statué « avant la promulgation ;* — Qu'à la différence des lois de pro- « cédure et d'instruction, qui régissent les affaires commen- « cées, dès qu'elles sont exécutoires, quel que soit l'état de « la procédure, jusqu'à ce que tout soit consommé et ter- « miné par une solution définitive, les lois de compétence, « dans l'hypothèse du silence relativement à leur effet sur « le passé, doivent être présumées avoir laissé hors de leur

Digitized by Google

« action *les procès à l'occasion desquels le juge du premier* « *degré avait prononcé sur le fond dans la plénitude de ses at-* « *tributions;* — Que, dans ce cas, les choses ne sont plus en- « tières, puisque le tribunal, usant de ses pouvoirs et les « épuisant, a reconnu l'innocence ou la culpabilité du pré- « venu; — Que cette situation commande d'admettre que le « législateur, s'inspirant du principe posé dans l'article 2 du « Code civil, a entendu ne pas dépouiller la juridiction déjà « saisie des procès qui avaient été jugés au fond, afin d'éviter « des contrariétés de décisions et de ne point léser les in- « térêts engagés, en tenant compte des faits accomplis et « des éventualités nées d'un jugement dont l'effet n'est que « suspendu par l'appel; — Attendu que, dans la spécialité « même de la matière régie par la loi du 15 avril dernier et « conformément à la distinction susindiquée, la loi du « 26 mai 1819, article 30 et celle du 8 octobre 1830, article 8, « n'avaient attribué aux Cours d'assises que les délits de la « presse *qui ne seraient pas encore jugés;* — Qu'en restreignant « ainsi les effets de la loi nouvelle, relativement au passé, « aux affaires non jugées au fond, le législateur a reconnu et « marqué la limite de la règle de rétroactivité des lois de « compétence; — Qu'il a consacré, par application à un « cas spécial, dans des circonstances qui semblaient favo- « rables à la plus large extension de cette règle, un principe « d'interprétation des lois de compétence, quand elles ne « renferment pas de disposition contraire; — Qu'une ré- « troactivité plus étendue aurait eu pour conséquence l'obli- « gation imposée aux prévenus acquittés par un jugement « frappé d'appel, de subir un nouveau jugement devant une « juridiction d'un autre ordre et d'un seul degré; — Qu'elle « aurait privé les prévenus condamnés en première instance « et appelants du droit de se justifier devant la juridiction « du second degré, non supprimée, qu'ils auraient vainement « saisie de leur recours; — Que de pareils résultats ont « paru, en 1819 et en 1830, incompatibles avec les conditions « d'une bonne justice et avec le fonctionnement régulier des « diverses juridictions; — Que le silence de la loi du 15 avril « dernier, relativement aux procès commencés, doit donc « être interprété en ce sens que le législateur se référant « pour le passé aux articles 30 et 8 des lois du 26 mai 1819

Digitized by Google

« et 8 octobre 1830, a entendu ne pas soumettre aux dis-
« positions nouvelles les *affaires jugées*, comme l'a été celle
« concernant Lapeyre; — Que par voie de conséquence la
« juridiction correctionnelle était compétente pour statuer
« sur l'appel de ce prévenu; — D'où il suit, etc... Casse. »

La Cour de cassation, par cette décision si fortement déduite, semble avoir voulu trancher *in terminis* une question si longtemps débattue. Son arrêt est, à lui seul, une dissertation, sobre autant que complète, dans laquelle les principes régissant la compétence sont indiqués avec leur cause juridique, précisés dans leur application pratique par le choix d'une terminologie rigoureuse, mis en lumière par leur comparaison avec des règles voisines, enfin fortifiés par l'examen des conséquences qu'ils engendrent.

Pour terminer ces citations bien longues, mais nécessaires, je n'ai plus qu'à enregistrer l'arrêt rendu par la Cour de Limoges, dans cette même affaire, sur le renvoi qui lui avait été fait par la Cour de cassation. Il est rapporté dans le *Journal du ministère public*, année 1872, p. 89, et est ainsi conçu :

« Sur la compétence :—Considérant que la non-rétroacti-
« vité proclamée dans l'article 2 du Code civil est le principe
« fondamental de notre législation ;—Qu'aucun texte formel
« n'a établi une règle contraire, même en matière de procé-
« dure et de compétence, soit au civil, soit au criminel ;—
« Que la jurisprudence seule, *entraînée par la tradition, par*
« *certaines considérations d'ordre public et par des nécessités*
« *pratiques, a fait fléchir le principe général, quand il s'agit*
« *de réglementer les formalités de la poursuite ou de l'instruc-*
« *tion ou de déterminer les juridiction et la composition des tri-*
« *bunaux;*—Mais que les arrêts ont toujours reconnu que la
« rétroactivité n'atteignait pas le fond du droit; qu'il est
« donc certain que les lois qui changent la procédure ou la
« compétence ne sont pas applicables aux affaires déjà ju-
« gées au moment où les lois nouvelles sont promulguées;
« — Considérant qu'au point de vue de la rétroactivité, on
« doit entendre par affaires jugées, non-seulement celles
« tranchées en dernier ressort, mais encore toutes les affaires
« terminées, même en première instance, par des décisions
« qui, n'étant ni préparatoires ni interlocutoires, statuent
« sur le fond du droit et dessaisissent définitivement les ma-

Digitized by Google

« gistrats du premier degré; — Que c'est dans ce sens res-
« trictif que deux arrêts du 25 novembre 1819 et du 22 sep-
« tembre 1832 ont intérprété les mots *affaires jugées* con-
« tenus dans les articles 30 et 8 des lois de 1819 et de 1830,
« la Cour de cassation ayant formellement décidé que les
« dispositions, de ces deux lois nouvelles, ainsi formulées, ne
« s'appliquaient pas aux procès jugés en première instance,
« même frappés d'appel au moment de leur promulgation ;
« — Considérant que la loi du 15 avril 1871, qui enlève à la
« juridiction correctionnelle, pour l'attribuer aux Cours
« d'assises, la connaissance de tous les délits politiques et,
« par conséquent, des cris séditieux, ne contient aucune
« disposition transitoire ; — Qu'il faut interpréter ce silence
« en s'inspirant des articles 30 et 8 des lois de 1819 et de
« 1830 et des sages tempéraments apportés par la jurispru-
« dence à cette rétroactivité ; — Qu'il est donc juste de re-
« connaître que les procès jugés en première instance, et
« même frappés d'appel avant la promulgation de la loi du
« 15 avril, restent soumis à la juridiction correctionnelle ; —
« Considérant d'ailleurs que la force des choses et le simple
« bon sens imposent cette opinion, car si l'on voulait appli-
« quer aux procès déjà jugés en premier ressort la juridic-
« tion des Cours d'assises, l'exécution de la loi nouvelle se-
« rait *impossible ou monstrueuse.* »

Je ne sais si je m'abuse, mais il me semble qu'il y a dans cet arrêt un accent particulier. La Cour de Limoges place, au premier rang de ses considérants, le principe de non-rétroactivité qu'elle affirme avec une grande énergie. Elle ne reproduit, de l'argumentation de l'arrêt du 7 juillet 1871, que la partie qui repousse l'application rétroactive de la loi nouvelle. Elle ne va pas au delà, mais, à en juger par l'hommage qu'elle rend au principe de non-rétroactivité, il serait permis de supposer qu'elle admettrait volontiers une autre limitation à la rétroactivité d'une loi modificative de la compétence : celle résultant de l'introduction de l'instance devant la juridiction ancienne.

C'est aussi l'impression que laissent les excellentes observations de M. Léonce de Resbecq, insérées dans le *Journal du ministère public*, année 1872, p. 114.

Digitized by Google

III

Cet exposé terminé, il me reste à accomplir la partie la plus délicate de ma tâche en appréciant la valeur juridique des divers systèmes.

Écartons d'abord deux hypothèses qui, ni l'une ni l'autre, ne sauraient faire naître un doute sérieux.

1° Lorsque la loi nouvelle a pris soin de régler, par une disposition expresse, son effet sur le passé, il n'y a plus de question ; car dès que la loi commande, bonne ou mauvaise, rétroactive ou non, elle doit être obéie.

2° Lorsque l'ancienne juridiction compétente a été supprimée et remplacée par une autre, la loi nouvelle doit encore rétroagir, car autrement il faudrait que l'ancien tribunal se reconstituât et reprît une vie nouvelle pour procéder au jugement des affaires commencées.

D'accord avec Mangin pour dégager ces deux hypothèses, je reconnais avec lui que la question ainsi simplifiée est loin d'être résolue.

Il est nécessaire, pour vider le conflit qui s'élève entre la loi ancienne et la loi nouvelle, de trouver un principe général qui puisse guider sûrement et toujours. L'embarras est grand : faut-il en effet déclarer que la loi modificative de la compétence, sans influence sur les délits commis avant elle, ne régira que les délits commis postérieurement? Faut-il, à l'inverse, admettre que la loi nouvelle saisira, dès le moment de sa promulgation, tous les délits nés ou à naître, toutes les procédures qui n'auront pas été terminées par un jugement en dernier ressort? La vérité se trouve-t-elle, non dans ces systèmes absolus, mais dans des systèmes intermédiaires? Mais alors, des distinctions proposées, laquelle suivre : celle qui arrête l'effet de la loi nouvelle à l'introduction régulière de l'instance devant la juridiction ancienne, ou celle qui applique la rétroactivité jusqu'à ce qu'il soit intervenu un jugement sur le fond et en premier ressort, ou enfin celle qui subordonne la rétroactivité de la loi à son caractère, suivant qu'elle institue une juridiction d'exception ou de droit commun?

Digitized by Google

Telles sont désormais les diverses faces du problème.

Élevons-nous à quelques considérations générales qui seront ici à leur place.

« La loi nouvelle ne dispose que pour l'avenir; elle n'a pas « d'effet rétroactif. » Ainsi dispose l'article 2 du Code civil. C'est un principe général, applicable aux matières civiles et criminelles, et MM. Chauveau et Faustin Hélie ont eu raison de dire qu'il planait sur toute notre législation. L'article 4 du Code pénal attesterait au besoin ce caractère de généralité. Ce principe a été déposé dans nos Codes avec quelque solennité. La Constitution du 24 juin 1793 l'avait placé dans cette pompeuse déclaration des droits de l'homme, et l'article 14 mettait à l'affirmer cette singulière énergie : « La loi « qui punirait les délits commis avant qu'elle n'existât *se-* « *rait une tyrannie, l'effet rétroactif donné à la loi serait un* « *crime.* »

Portalis, dans son discours préliminaire sur le Code civil, disait : « Partout où la rétroactivité des lois serait admise, « non-seulement la sûreté n'existerait plus, *mais son ombre* « *même*..... Loin de nous ces lois à deux faces qui, ayant sans « cesse un œil sur le passé et un autre sur l'avenir, dessé- « cheraient la source de la confiance et deviendraient un « principe éternel d'injustice, de bouleversement et de dé- « sordre. »

Ces citations qu'on pourrait multiplier suffisent à démontrer l'importance capitale d'une règle proclamée de si haut. Mais il faut se garder d'exagérer même les principes les plus respectables. La loi nouvelle qui intervient est présumée meilleure que celle qui l'a précédée : il est donc désirable qu'elle reçoive le plus tôt possible son application en effaçant les traces d'une loi défectueuse. L'utilité sociale qui commande l'exécution prochaine de la loi nouvelle peut se trouver aux prises avec l'utilité particulière qui réclame un ajournement. Comment concilier ces exigences contradictoires?

Un savant jurisconsulte belge, M. Laurent, a donné sur ce point une formule qui nous paraît irréprochable.

Quand la loi nouvelle se trouve en face d'un simple *intérêt* invoqué par un citoyen, elle peut rétroagir en forçant cet intérêt individuel à plier devant l'intérêt général; quand au

Digitized by Google

contraire elle rencontre un *droit* appartenant à un particulier, elle est obligée à le respecter et ne peut avoir d'effet rétroactif.

Sans doute cette formule ne supprime pas toutes les difficultés, et ce sera toujours chose délicate que de déterminer s'il s'agit d'un simple *intérêt* ou d'un *droit* véritable. Ce n'en est pas moins un trait de lumière qui peut nous guider au milieu des obscurités que nous traversons. Quelques exemples serviront à préciser mieux encore la distinction que nous venons d'indiquer.

Les droits politiques sont dans le domaine absolu du législateur : la société les donne, la société peut les retirer. Dans cette matière, il n'y a et ne peut y avoir que des *intérêts*, jamais de *droits acquis*. Les lois politiques rétroagissent donc toujours.

Les contrats étant irrévocables dès qu'ils sont régulièrement formés, les droits contractuels constituent des *droits acquis*. Il n'y a pas seulement au profit des contractants un intérêt à conserver le bénéfice du contrat, mais un droit véritable. La loi qui modifierait l'effet des contrats ne saurait donc rétroagir sur les conventions formées avant sa promulgation.

L'état des personnes est aussi dans le domaine du législateur; la loi a toujours prise sur l'état des citoyens et ceux-ci ne peuvent repousser les atteintes de la loi nouvelle en prétendant à un droit acquis. Mais si, usant de l'état qui leur était reconnu par la loi ancienne, ils ont passé un acte sous son empire, cet acte conservera tous ses effets, malgré l'intervention de la loi nouvelle.

Abandonnons maintenant ces généralités pour nous rapprocher de notre matière spéciale.

Une loi institue une juridiction nouvelle pour connaître de la répression de certains délits. Celui qui a commis une infraction de ce genre, antérieurement à la loi nouvelle, peut-il réclamer la juridiction ancienne comme un droit acquis? C'est, on s'en souvient, la théorie de MM. Chauveau et Faustin Hélie.

Leur opinion a été irrévocablement condamnée par la jurisprudence, et c'est, je le crois, avec raison.

Quand le législateur organise une juridiction nouvelle, il

Digitized by Google

le fait dans un intérêt social et (il faut le présumer toujours) dans le but d'assurer une meilleure administration de la justice. Il y a donc bien certainement un intérêt général à ce que la loi nouvelle, qui offre à l'ordre public de plus grandes garanties, reçoive immédiatement son exécution. Quel pourrait donc ici être l'obstacle à cette exécution immédiate? La prétention d'un délinquant qui réclamerait, sans qu'elle ait été préalablement saisie, la juridiction ancienne.....? Non : car, si le prévenu croit avoir avantage à être jugé par l'une plutôt que par l'autre des deux juridictions, c'est de sa part un intérêt, non un droit véritable. Il pouvait bien espérer certains juges, mais, tant qu'il n'avait pas été traduit devant eux, ce n'était qu'une espérance, une attente plus ou moins fondée, et jusque-là au moins le législateur conservait le droit de changer la juridictiou. Autrement, comme l'a dit si bien dit l'arrêté précité de la haute Cour de Bourges, *on entraverait dans sa sphère d'action la souveraineté nationale.*

Les conséquences d'une pareille doctrine seraient excessives : voici, par exemple, un prévenu qui est parvenu à se soustraire à l'action de la justice, fuyant toute juridiction et tout débat, et, alors qu'une juridiction nouvelle fonctionne depuis plusieurs années au moment de son arrestation, il voudrait ressusciter des formes et une compétence depuis longtemps abandonnées! Ne serait-ce pas autoriser une inégalité d'autant plus choquante qu'elle s'exercerait en faveur de celui qui s'en est montré le moins digne?

Un délinquant qui n'est pas jugé parce qu'il est inconnu ou qu'il a fui, peut-il raisonnablement être considéré comme ayant un droit acquis à une juridiction à laquelle il s'est dérobé? Non; quand la justice aura pu le saisir, il n'aura qu'un droit : celui d'être jugé par la juridiction compétente pour connaître du délit qui lui est reproché. Il se peut qu'il ait ou croie avoir un intérêt à réclamer la juridiction ancienne, mais il a eu le tort de ne pas comparaître devant elle lorsqu'elle était en exercice : aujourd'hui la société a intérêt à le déférer à une juridiction qui présente plus de garanties pour l'ordre public, or on sait qu'en cas de conflit l'intérêt général doit l'emporter sur l'intérêt particulier.

Dans ses remarquables *Leçons sur la législation criminelle*,

Digitized by Google

M. Bertauld a présenté de la même opinion une réfutation qui paraît saisissante autant que substantielle :

« De deux choses l'une : ou les accusés sont innocents, ou « ils sont coupables. Sont-ils innocents? La loi nouvelle « doit être présumée offrir à l'innocence toutes les garanties « dont elle peut avoir besoin pour triompher; car, sans cette « présomption, la loi nouvelle serait illégitime même à l'égard « des faits postérieurs à sa promulgation. — Les accusés « sont-ils coupables? On ne conçoit guère que la culpabilité « puisse avoir un droit acquis contre la société à une loi « vicieuse qui lui permettrait d'échapper à la répression. »

Je ne saurais accepter cette argumentation qui me semble dangereuse. Prise à la lettre, elle nous mènerait très-loin, car elle justifierait d'une manière absolue la rétroactivité des lois de compétence, doctrine extrême que je vais combattre dans un instant. Il est vrai que le savant professeur propose lui-même, quelques lignes plus bas, une limitation à cette rétroactivité, *lorsque la juridiction ancienne a été saisie*. Mais il a fourni à ses adversaires une arme dont ils peuvent se servir : s'ils reprenaient contre M. Bertauld le dilemne qu'il a formulé, le tempérament qu'il a indiqué ne résisterait pas à cette attaque.

Je me bornerai donc, en invoquant seulement l'autorité précieuse de M. Bertauld, aux considérations qui précèdent.

Quoi qu'il en soit, c'est sans beaucoup d'hésitation, je l'avoue, que je repousse le système de ceux qui dénient aux lois de compétence tout effet rétroactif sur les délits antérieurs, même non poursuivis avant la promulgation de la loi nouvelle.

Je n'éprouve guère plus d'embarras à rejeter le système contraire qui fait rétroagir les lois de compétence sur les délits poursuivis et déférés à la juridiction ancienne, tant que le procès n'a pas été terminé par une décision irrévocable.

Cette opinion a trouvé peu d'écho dans la jurisprudence et, en présence des arrêts plus nombreux qui la condamnent, on ne peut citer que ceux du 16 avril 1831 et du 8 mars 1849. (Voir ci-dessus.) Encore y a-t-il lieu de tenir compte des circonstances particulières dans lesquelles ces dernières décisions sont intervenues.

L'arrêt du 7 juillet 1871 a victorieusement réfuté une doc-

Digitized by Google

trine que l'on peut dire excessive avec l'autorité de la Cour de cassation. La Cour de Limoges a été plus vive dans l'expression, et rappelant le souvenir d'une discussion parlementaire, elle a reproduit la qualification d'*impossible ou de monstrueuse* sortie de la bouche de M. Decazes.

Cependant, comme j'aurai moi-même à critiquer l'arrêt du 7 juillet 1871, je veux essayer une autre réfutation.

La rétroactivité ne peut résulter que d'une loi ou, dans le silence de la loi, d'un principe général.

Y a-t il des textes qui proclament, d'une manière absolue, la rétroactivité des lois de compétence? On l'a prétendu et des auteurs ont invoqué à ce propos l'article 30 de la loi du 18 pluviôse an IX, l'arrêté du 5 fructidor de la même année, les articles 3 et 4 du décret du 23 juillet 1810.

N'est ce pas là une méprise évidente? Les documents législatifs qui précèdent n'ont pas une portée générale, mais chacun d'eux, intervenu dans des circonstances particulières, obéissant à des inspirations du moment, a donné à ses dispositions, mais à elles seules, un certain effet rétroactif. La rétroactivité ne découlait ni d'une règle générale ni de la nature même de ces dispositions, puisqu'on a senti la nécessité de la déclarer expressément. Qu'on se reporte aux paroles violentes du rapporteur de la loi de pluviôse an IX (V. Mangin, *Instruction écrite*, t. II, p. 371), et on reconnaitra sans peine cette marque toute spéciale. C'est ce caractère transitoire qui a permis à des jurisconsultes d'élever contre ces lois rétroactives une protestation indignée. Quel que soit le sentiment qu'on ait à l'égard de ces lois rétroactives, c'était le droit du législateur de les faire, mais il est bien manifeste qu'on abuserait de son œuvre en étendant, hors des cas qu'il a prévus, un effet rétroactif attaché exclusivement à certaines lois.

La meilleure preuve qu'on puisse donner de cette restriction se puise dans d'autres documents législatifs qui, modifiant aussi les compétences, n'ont statué que pour l'avenir.

Nous avons cité déjà l'article 7 de la loi du 18 janvier 1792 et l'article 14 de la Constitution de 1793. On peut ajouter dans le même sens celle de l'an III, surtout l'article 4 de la loi du 19 pluviôse an XIII ainsi conçu :

« Tous ceux qui, à l'époque de la présente loi, se trouve-

Digitized by Google

« raient être prévenus du crime ci-dessus mentionné *et sur* « *la prévention desquels un jury d'accusation n'aurait pas encore* « *statué*, seront renvoyés, sans délai, avec les pièces et actes « de procédure, devant les Cours de justice criminelle spé- « ciales qui devront en connaître. »

L'article 19 de la loi du 20 décembre 1815 contient, à l'égard du passé, des réserves du même genre.

Art. 19 : « Tous les crimes prévus par la présente loi « et *commis postérieurement à sa promulgation* seront jugés par « la Cour prévôtale ; en conséquence, immédiatement après « son installation, les procès et les prévenus lui seront ren- « voyés *sans préjudice aux poursuites et à l'instruction préalable* « *qui seront faites jusque-là par les juges ordinaires.*

« Les crimes de la compétence des Cours spéciales, commis « même antérieurement à la promulgation de la présente loi, « seront jugés par la Cour prévôtale. »

MM. Chauveau et Faustin-Hélie ont donc émis une proposition incontestable, quand ils ont écrit : *La loi est muette, complétement muette sur ce point.* Ce n'est pas, en effet, dans des lois spéciales, motivées par des circonstances exceptionnelles ou des raisons d'urgence, qu'on peut trouver l'expression du droit commun. Ce droit commun est dans les articles 2 du Code civil et 4 du Code pénal qui sont de véritables dispositions réglementaires.

Voyons maintenant si la rétroactivité absolue des lois de compétence peut du moins s'appuyer sur les principes généraux de la matière.

Nous avons dit plus haut qu'on pouvait faire rétroagir sans scrupule la loi nouvelle, lorsqu'elle rencontrait seulement un intérêt contraire, mais que cette rétroactivité devait s'arrêter devant un droit acquis.

J'examinais tout à l'heure l'hypothèse d'un délit commis antérieurement à la loi nouvelle, mais impoursuivi jusqu'à sa promulgation. Dans ce cas, l'invocation de la juridiction ancienne m'a paru ne constituer qu'un simple intérêt, non un droit. En est-il de même lorsque, dès avant la loi nouvelle, la juridiction ancienne a été saisie et surtout lorsqu'elle aura statué sur le fond des poursuites par une décision qui acquite ou qui condamne?

Il me semble que la différence est essentielle entre les deux

Digitized by Google

espèces. — Le délinquant qui n'avait pas été poursuivi pouvait espérer certains juges, mais il n'y avait pas droit, et quand la loi nouvelle change la juridiction, si elle contrarie un intérêt, elle ne blesse pas un droit. — Mais lorsque le délinquant a été traduit devant une juridiction compétente, les choses ne sont plus entières et, l'appeler devant une autre juridiction, ce serait, non plus lui enlever seulement l'espérance de certains juges. mais lui enlever ses juges.

Raisonnons dans une autre hypothèse qui sera plus saisissante encore.

L'article 3 du Code d'instruction criminelle permet à la partie civile, lésée par un délit, de poursuivre la réparation qui lui est due, soit devant la juridiction civile, soit devant la juridiction criminelle. Sous l'empire de cette législation, un délit est commis au préjudice d'un citoyen. Celui-ci a donc la faculté de s'adresser, à son gré, à l'une ou à l'autre de ces deux juridictions. Une loi nouvelle, je le suppose, institue la compétence exclusive de la juridiction correctionnelle. Si la personne lésée est demeurée dans l'inaction jusqu'à la promulgation de la nouvelle loi, elle devra s'y soumettre, car jusque-là elle avait une faculté dont elle n'a pas usé; mais, si elle avait saisi antérieurement la juridiction civile, son action aura créé un droit qu'elle ne saurait perdre.

Sans aucun doute, cette doctrine prend un caractère de plus grande évidence quand le juge saisi a prononcé, même en premier ressort, sur le fond de la contestation. Mais faut-il, pour que la rétroactivité s'arrête, que les choses en soient venues jusqu'à ce point? C'est ce que j'aurai à examiner plus tard avec un autre système et, puisque j'y dois revenir, je ne pousse pas plus avant ma démonstration.

Quant à présent, je conclus que la loi modificative de la compétence doit s'arrêter dans ses effets rétroactifs avant que le procès ait été terminé par une décision en dernier ressort. Avant cette époque, en effet (nous déterminerons plus tard le moment précis), elle rencontre des droits acquis qu'elle doit respecter.

Donc il n'est absolument vrai de dire ni que les lois de compétence ne règlent que l'avenir, ni qu'elle embrassent tout le passé.

Des distinctions sont nécessaires : mais auxquelles s'atta-

Digitized by Google

cher? Recherchera-t-on, avec Mangin, si la loi nouvelle institue un tribunal d'exception ou rétablit une juridiction de droit commun, et par suite lui reconnaîtra-t-on, dans le second cas, un effet rétroactif qui devrait lui être refusé dans le premier?

Je m'étonne qu'une pareille théorie ait pu séduire un esprit aussi ferme que celui de cet éminent criminaliste. Aussi n'a-t-elle pas obtenu d'autre suffrage que le sien, et c'est trop! En effet sur quelle base faire reposer une appréciation aussi délicate? Jugeons-en par un exemple. Notre législation incertaine, en matière de presse, a constamment oscillé entre les tribunaux correctionnels et les Cours d'assises, allant successivement des uns aux autres. Quelle est, entre ces deux juridictions, celle qu'on pourra justement qualifier de juridiction de droit commun?

La compétence est l'indication exacte des attributions de chaque juridiction. Cette détermination faite par la loi est, pour chacune d'elles, la règle de ses pouvoirs et, dans la sphère de leurs attributions respectives, ces juridictions fonctionnent d'une manière normale, ont toutes la même origine, commandent toutes le même respect, car elles sont toutes des créations du législateur. Comment dès lors, en présence de limites nettement tracées, que nul tribunal ne peut franchir sans empiétement, pourrait-on dire que la juridiction, à laquelle on a conféré une compétence spéciale, est une juridiction exceptionnelle et que celle, au contraire, à laquelle on l'a refusée, est la juridiction ordinaire et de droit commun? Ce serait mettre ses préférences au-dessus de celles du législateur. Ce serait en outre essayer des classifications toujours douteuses, car, dans cet ordre d'idées, les opinions seront nécessairement divergentes. Il est plus simple et plus vrai d'accepter et de suivre les compétences organisées par le législateur en reconnaissant à chacune d'elles la même autorité : celle de la règle établie.

Une autre distinction a été faite par la jurisprudence et jouit aujourd'hui d'un grand crédit dans le monde judiciaire : c'est celle qui a été consacrée en dernier lieu par l'arrêt du 7 juillet 1871. La loi nouvelle rétroagira tant qu'il ne sera pas intervenu, de la part de la juridiction ancienne régulièrement saisie, une décision sur le fond des poursuites; mais

Digitized by Google

quand un jugement de cette nature aura été rendu, fût-il en premier ressort, fût-il frappé d'appel, la loi nouvelle cessera d'être applicable.

Je dois, à l'appréciation de ce système si puissamment recommandé, mettre un soin particulier.

La distinction sur laquelle il est fondé résulte-t-elle de la loi? Non vraiment, quoi qu'on ait pu dire. L'article 30 de la loi du 26 mai 1819, l'article 8 de celle du 8 octobe 1830, cités dans l'arrêt de 1871, n'ont pas une portée générale : ce sont des dispositions transitoires destinées à régler l'effet de deux lois spéciales. Elles ne vont pas au delà, et on leur assignerait une importance qu'elles n'ont pas en y puisant l'expression d'un principe général sur la rétroactivité des lois de compétence. Il en est de ces deux lois comme de celle du 19 pluviôse an IX que nous citions tout à l'heure : on n'est pas plus autorisé à se prévaloir des unes pour la thèse de rétroactivité relative, que de l'autre pour la thèse de rétroactivité absolue.

Voici d'ailleurs, détaché du savant rapport de M. Saint-Luc Courborieu, un passage qui mettra cette vérité dans tout son jour :

« Il ne s'agit pas *d'une règle établie par une loi* qui aurait « été bien ou mal interprétée et dont le texte devrait être « placé sous vos yeux pour vous mettre à même de dire quel « en doit être le véritable sens. Non. Il s'agit *d'un principe « que la tradition a apporté et conservé, et que vous avez appliqué plusieurs fois, avec des nuances et des changements de formule qui peuvent laisser quelques doutes sur l'extension que « vous entendez donner à la règle de rétroactivité des lois criminelles modificatives de la compétence.* »

Si la question doit être posée en ces termes, j'ose dire que la solution doit être différente de celle adoptée par l'arrêt du 7 juillet 1871. En effet, en recueillant la tradition à sa source la plus haute, ne trouve-t-on pas, dans la loi 30, au Digeste, *De judiciis*, le principe suivant : *Ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem recipere debet.* Cette règle de raison a traversé notre ancienne jurisprudence sans contradiction; notre législation moderne ne contient aucun texte qui lui soit contraire. La jurisprudence elle-même, nous l'avons vu, en a fait plusieurs fois l'application. Il faudrait donc conclure de

Digitized by Google

ce rapprochement que la loi modificative de la compétence ne saurait atteindre l'affaire portée régulièrement devant la juridiction ancienne. Dans cet état de la procédure, le procès doit finir là où il a été commencé.

Telle est la conséquence à laquelle conduirait la tradition. Mais il est peut-être, pour fortifier cette solution, quelque chose de plus décisif encore.

L'absence de toute disposition formelle, consacrant législativement la distinction dont on parle, nous fait une nécessité de recourir aux principes généraux sur la rétroactivité des lois. Nous l'avons dit, mais il faut le répéter encore, la loi nouvelle rétroagit en présence d'un simple *intérêt;* elle n'a pas prise sur un droit. N'y a-t-il donc, pour le justiciable, de *droit acquis* qu'autant qu'un jugement d'acquittement ou de condamnation a été prononcé par la juridiction ancienne?

C'est la doctrine de l'arrêt du 7 juillet 1871. Eh bien! je soutiens que limiter la rétroactivité à cette phase de la procédure, c'est trop exiger ou pas assez.

Si, au moment où la juridiction ancienne a été saisie, le *droit* du justiciable n'est pas né, c'est donc qu'on ne veut reconnaître ce caractère qu'à un résultat certain et définitif. Mais en ce cas il n'est plus, dans cette voie, qu'une limite à laquelle on puisse logiquement s'arrêter : c'est quand le procès sera terminé par un jugement ayant acquis l'autorité de la chose jugée. En effet, pourquoi rester en deçà? Parce qu'il sera intervenu une décision en premier ressort statuant sur le fond des poursuites..... Mais si les choses alors sont plus avancées qu'au moment de la citation ou de l'ordonnance, elles n'ont pas plus de fixité, le procès subsiste encore par l'effet de l'appel et l'issue définitive peut en être complétement différente. La décision du premier degré ne serait pas un droit, puisqu'elle ne serait pas irrévocable.

On objecte que, si le procès est porté devant une autre juridiction, le prévenu sera jugé de nouveau sans que la décision qui l'acquittait ou le condamnait ait été et puisse être réformée. Voilà quelle serait la raison spéciale de cet arrêt imposé à la rétroactivité. Je réponds que ce n'est pas là une situation étrange et sans précédent. N'arrive-t-il pas au contraire tous les jours qu'après un jugement correctionnel qui

Digitized by Google

avait acquitté ou condamné, la Cour, sur l'appel, se déclare incompétente ? Ensuite la Cour d'assises est saisie et le prévenu devenu *accusé*, est jugé deux fois, par deux juridictions différentes, indépendantes l'une de l'autre et aussi dissemblables que possible.

La Cour de cassation elle-même ne subissait-elle pas l'entraînement de cette logique lorsque, dans quelques-uns de ses arrêts, elle se servait de cette formule : *jugement définitif* ET EN DERNIER RESSORT?

On ne saurait donc s'arrêter à mi-chemin et, si l'action régulière devant une juridiction compétente n'empêche pas la rétroactivité de la loi nouvelle, il faut aller dans cette voie jusqu'à ce que tout soit consommé par une décision irrévocable.

La doctrine apparaît alors avec ses conséquences nécessaires, mais aussi avec son caractère excessif. — Je m'en sépare, bien entendu, mais pour faire cause commune avec Merlin et soutenir avec ce grand jurisconsulte que la rétroactivité d'une loi modificative de la compétence cesse, *dès que la juridiction ancienne a été régulièrement saisie par une citation, une ordonnance ou un arrêt de renvoi.* A ce moment a commencé pour le justiciable un véritable *droit acquis.*

Qu'on relise l'arrêt du 7 juillet 1871, et on verra si toutes les considérations, invoquées pour repousser la rétroactivité après jugement, ne sont pas applicables à toute affaire commencée.

Nous allons faire cette épreuve, mais auparavant remarquons bien jusqu'à quel point peut s'étendre la rétroactivité d'après le dernier arrêt de la Cour suprême :

L'action a été portée devant la juridiction ancienne; le prévenu ou la partie civile ont comparu; ils ont obtenu une décision préjudicielle qui préjuge le fond, puis ils ont fait entendre leurs témoins ; le ministère public a pris ses réquisitions ; puis l'affaire a été mise en délibéré, la délibération a eu lieu, la décision est prise, elle est écrite, mais, au jour fixé pour la prononciation du jugement, la loi nouvelle changeant la juridiction est devenue exécutoire..... La loi rétroagira. Procédure, peines, soins, défenses du prévenu et de la partie civile, réquisitions du ministère public, délibération du juge, décision arrêtée en principe, toute cette œuvre lon-

Digitized by Google

gue, coûteuse et consciencieuse s'évanouira devant la rétroactivité !

Ces conséquences, on en conviendra, sont bien graves. Aussi, pour réfuter la théorie qui les engendre, j'invoque à mon tour les raisons mêmes données par l'arrêt du 7 juillet 1871.

Il faut d'abord écarter la considération tirée de ce que la rétroactivité, après un jugement en premier ressort, ferait naître la possibilité d'une contrariété de décisions. — Ce danger n'empêche pas la chambre des appels correctionnels, après un jugement d'acquittement, de déclarer son incompétence, bien qu'il puisse arriver alors que le prévenu traduit aux assises y soit condamné. Il n'y a donc pas là un motif particulier à l'hypothèse envisagée par l'arrêt de 1871.

Mais voyons les autres :

Après un jugement en premier ressort, la loi nouvelle, dit la Cour suprême, ne saurait rétroagir *parce que les choses ne sont plus entières*... Le motif est excellent, mais je demande si, après la citation, les débats et la délibération, on peut dire *que les choses soient entières*.

La Cour de cassation ajoute que la rétroactivité ne doit pas être admise *quand elle léserait les intérêts engagés*... Rien de mieux : mais, en faisant rétroagir la loi nouvelle au moment de la prononciation du jugement, on annule toute la procédure qui a précédé ; le prévenu et la partie civile perdent le fruit de leurs efforts, le bénéfice d'une décision préjudicielle, le résultat d'un long et laborieux débat, l'avantage d'une solution à laquelle il ne manquait plus que la formalité de la prononciation; *n'est-ce pas alors léser des intérêts engagés?* La partie civile, par exemple, sera obligée, bien que s'étant jusque-là scrupuleusement conformée à la loi, de recommencer son procès devant une juridiction éloignée peut-être, avec des frais considérables et des chances nouvelles... Est-ce donc rien qu'une pareille nécessité?

La Cour de cassation dit encore qu'on doit *tenir compte des faits accomplis*... Rien de plus juste ; mais est-ce qu'une décision préjudicielle, des débats, une délibération ne constituent pas aussi des *faits accomplis et des faits d'une grande importance?*

L'arrêt de 1871 met enfin en avant une considération der-

Digitized by Google

nière, la plus grave de toutes : *La rétroactivité ne saurait priver les prévenus condamnés en première instance du droit de se justifier devant la juridiction du second degré...* Eh bien ! je le demande, est-ce que ce résultat si regrettable n'est pas la conséquence inévitable de l'opinion que nous combattons, et cette faculté précieuse de l'appel n'échappera-t-elle donc pas au prévenu ou à la partie civile si, après la citation et avant la prononciation du jugement, on fait rétroagir une loi nouvelle qui transporte l'affaire devant une autre juridiction statuant sans appel ?

Il est temps de conclure, et je le ferai en quelques mots.

Les lois modificatives de la compétence, comme toutes les autres lois, disposent surtout pour l'avenir; cependant elles ne sont pas absolument sans influence sur le passé, et elles atteignent même les délits commis avant leur promulgation, pourvu qu'ils n'aient pas encore été déférés aux anciennes juridictions. Leur effet rétroactif, ainsi limité, contrarie quelquefois des intérêts privés auxquels l'intérêt général est toujours préférable, mais il ne froisse aucun droit acquis. Il en serait autrement si ces lois nouvelles dessaisissaient les anciennes juridictions des procès régulièrement commencés devant elles.

Cette doctrine est à la fois juridique, rationnelle et équitable. Elle repose sur la tradition attestée par l'adage *ubi acceptum est...*, sur les principes généraux en matière de rétroactivité des lois et, si elle vient d'être condamnée par un arrêt récent de la Cour de cassation, elle peut invoquer en sa faveur la jurisprudence antérieure de la Cour suprême.

En essayant ainsi de remonter un courant dont je reconnais toute la force, j'ai peut-être tenté un effort inutile. Cependant une critique consciencieuse n'est jamais mal venue, surtout dans une matière si épineuse et qui touche à de si graves intérêts. Je désire que la mienne soit considérée comme une preuve de mon respect profond pour la Cour de cassation, de mon respect plus grand pour la loi elle-même.

THÉOPHILE BAZOT.

Digitized by Google

LA CAUSE DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

DEVANT LE PEUPLE DES ÉTATS-UNIS.

Lettre de M. Charles LUCAS, membre de l'Institut,
à M. le Dr James B. MILES, membre de l'*International Code committee* [1].

La Rongère, près Bourges, le 17 juillet 1873.

Cher et honoré Monsieur,

J'ai reçu la lettre que vous m'avez fait l'honneur de m'écrire, en date du 30 mai. Vous m'y exprimez en termes trop bienveillants le prix que vous attachez à mes écrits et le regret que mon éloignement de Paris ne vous ait pas permis de m'entretenir verbalement de la généreuse mission que vous êtes venu remplir en Europe. Vous savez combien j'ai partagé ce regret.

Je vous remercie de m'annoncer le prochain envoi des plus importantes communications que vous avez reçues des hommes d'État et des jurisconsultes les plus distingués des divers pays, et qui attestent l'harmonie de leurs vues. J'attends avec impatience cet envoi, qui naturellement doit beaucoup m'intéresser.

Je vous félicite de l'importance que vous allez donner à la rédaction et à la publication du journal l'*Advocate of peace*

[1] Cette lettre, dont le titre d'ailleurs indique assez l'objet, fait suite à un ensemble d'écrits précédemment publiés et qui y sont rappelés Persévérant promoteur des deux réformes relatives à l'abolition de la peine de mort et au régime pénitentiaire, M. Lucas devient en ce moment celui d'une troisième réforme, qu'il n'a pas appelée, avec les Sociétés de la paix, celle de l'abolition de la guerre, car il ne croit pas à la paix perpétuelle, mais qu'il a désignée sous le nom de *civilisation de la guerre* par la codification du droit des gens et l'arbitrage international. On sait le succès que vient d'obtenir M. Henry Richard, membre du Parlement anglais, dans la Chambre des communes pour la motion en faveur de l'arbitrage international, votée à 10 voix de majorité, tandis que la même motion, présentée en 1849 par M. Cobden, a été repoussée à une majorité de 97 voix. — Dans cette lettre, M. Lucas se place au point de vue de l'utilité à retirer du succès parlementaire de M. Henry Richard. N. R.

Digitized by Google

qui va devenir un organe accrédité des généreux efforts des États-Unis pour l'œuvre de la codification du droit des gens et de l'arbitrage international; je désire que le temps me permette de répondre à l'appel que vous faites à mon concours.

J'arrive maintenant au principal objet de votre lettre, où vous avez la satisfaction de m'informer « que les arrange-« ments sont presque terminés pour la première réunion de « la société proposée sous le nom de Sénat de publicistes « qui doit se tenir à Bruxelles au mois d'octobre prochain, « et vous m'ajoutez que je recevrai bientôt une invitation à « devenir membre de ce sénat et que vous espérez que je « pourrai y assister. »

Je dois vous dire ici que par une note circulaire d'un caractère confidentiel et dont je ne me crois pas encore suffisamment autorisé à donner les détails, j'avais été informé dans les premiers jours de mai qu'en Belgique s'était produite et se poursuivait activement la pensée d'un projet de congrès ou de conférence juridique internationale en vue de formuler certains principes fondamentaux du droit des gens.

Le nombre des membres de cette conférence ne devait guère excéder celui de vingt, à choisir en Europe et aux États-Unis parmi les hommes autorisés et que leur notoriété semblait désigner.

Je dus, en raison de mon état de cécité, décliner l'honneur de cette collaboration comme j'avais décliné par le même motif, en 1872, celui d'aller représenter l'Institut de France au congrès de Londres, pour la réforme pénitentiaire des prisons. C'est le même motif encore qui m'empêchera de me rendre à la convocation d'un congrès ou sénat de juristes qui doit se tenir à Bruxelles en octobre, malgré le prix que j'attache à l'importance de ses travaux et à ce que j'appellerai la gloire d'y prendre part.

En vous reportant du reste à un mémoire lu le 5 octobre 1872 à l'Institut sur la nécessité d'un congrès scientifique international pour la codification du droit des gens, dont je n'aurais osé espérer une réalisation aussi prochaine, vous y verrez que j'avais déclaré et motivé à l'avance mon abstention dans les termes suivants :

« J'abandonne aux esprits actifs et généreux qui parta-

Digitized by Google

gent mes idées sur la nécessité d'un congrès scientifique international le soin d'en poursuivre l'exécution, car l'âge et la cécité ne me permettent d'y concourir que par mes vœux les plus ardents et mes chaleureuses sympathies. »

I

Mais js n'ai pas prétendu pour cela me condamner à l'inaction et à l'inutilité à l'égard d'une réforme qui m'a paru devoir s'appeler celle de la *civilisation de la guerre*, et que je compte servir, tant que la bonté divine prolongera mon existence, avec le dévouement persévérant que depuis cinquante ans bientôt j'ai consacré aux deux autres réformes du régime pénitentiaire et de l'abolition de la peine de mort. Je crois qu'il m'est permis de le faire sans participer aux travaux préparatoires d'élaboration et de rédaction des règles fondamentales d'un Code de droit public international, qui doit être une œuvre de paix et de civilisation, et consacrer à ce titre le principe de l'arbitrage.

Les seules difficultés à résoudre pour la science ne sont pas celles qu'elle doit rencontrer dans cette œuvre de codification. Dans une lettre assez récente, M. le comte Fréd. Iclopis vous disait ce q'il m'avait déjà précédemment écrit à moi-même : « Le point essentiel auquel on aura le plus de peine « à parvenir, c'est de rendre cette œuvre efficace, c'est de « faire quelque chose qui produise un effet prompt et pra- « tique dans les rapports internationaux de divers gouverne- « ments. » Or, trois conditions sont nécessaires pour arriver à cette efficacité : c'est d'abord l'influence de la science qui doit aspirer, en s'efforçant de répandre ses lumières et de vulgariser ses principes, à créer en faveur de cette réforme ce que Montesquieu appelait un esprit général et qui s'appelle aujourd'hui l'opinion publique.

C'est ensuite l'influence de l'opinion publique, qui doit aspirer à son tour à obtenir dans les assemblées législatives, pour les progrès sociaux qu'elle poursuit, la majorité des votes.

C'est enfin l'influence des majorités parlementaires qui vient peser de tout leur poids sur les délibérations de la diplomatie.

Digitized by Google

Voilà comment, par l'action de la science sur l'opinion publique, par celle de l'opinion publique sur les parlements, et par celle enfin des majorités parlementaires sur l'action diplomatique doit se produire et se réaliser le développement pacifique et régulier du progrès social. C'est dans cette voie que je me suis déjà efforcé de seconder de mon mieux cette grande réforme en plaidant sa cause, soit devant l'Institut de France par mes mémoires, soit devant les deux gouvernements d'Angleterre et des États-Unis par un vœu de civilisation chrétienne qui leur est soumis, soit enfin en m'adressant à la presse de Londres par une lettre du 3 juillet, pour plaider devant le peuple anglais la cause de l'arbitrage international, à la veille pour ainsi dire du jour que l'éloquence de M. Henry Richard devait rendre si mémorable en obtenant la majorité des votes à sa nation en faveur d'un arbitrage international.

II

Je dois maintenant plaider cette cause de l'arbitrage international devant le peuple américain, et c'est dans cette lettre que je veux le faire, ainsi que vous m'y avez invité vous-mêmes en faisant appel à des conseils dont vous vous êtes exagéré la valeur, mais qui auront au moins le mérite de la sincérité.

Dans cette grande réforme à laquelle nous aspirons, la science, comme je viens de l'exposer, a deux bannières : sur l'une elle inscrit codification et sur l'autre efficacité. « Il « faut que le peuple américain marche à la fin sous cette « double bannière pour arriver au but. » Voyons si telle est la direction du mouvement de cette réforme aux États-Unis.

J'admire l'élan généreux de l'esprit d'association aux États-Unis, lorsque je le vois vous confier la mission d'aller en Europe convier un certain nombre d'hommes les plus autorisés, à l'effet de se réunir sur le sol hospitalier de la grande république américaine, pour travailler en commun à l'œuvre de la codification du droit des gens et de l'arbitrage international. Je l'admire davantage encore lorsqu'à votre retour d'une mission que vous avez si dignement remplie, mais sans avoir pu surmonter l'obstacle que la traversée de

Digitized by Google

l'Atlantique présenterait du côté de l'Europe à la réunion projetée, je le vois persister dans son grand dessein, et comme dédommagement au regret qu'il éprouve de ne pouvoir recevoir sur le sol américain ses illustres invités, leur renouveler son invitation sur le sol européen, dans la capitale d'un État neutre, avec l'intention de faire tous les frais de cette conférence internationale.

De là cette résolution prise à la suite d'une réunion chez le célèbre jurisconsulte Dudley-Field, de former un comité de cinq personnes où aux noms de M. Dudley Field et au vôtre sont joints ceux si autorisés du président Woolsey, des savants Emory Washburn, et de M. Beach Lawrence qui joint à la science du jurisconsulte celle du diplomate, à l'effet de préparer la convocation d'un commissaire de jurisconsultes choisis parmi les plus éminents des différentes nations dans le but d'arrêter les bases d'un Code international et d'une juridiction commune des nations. De là encore la résolution d'ouvrir une souscription sur tous les points de l'Amérique, pour subvenir aux frais de toutes sortes que doit entraîner l'exécution de ce projet.

Je ne sais rien qui puisse honorer davantage le peuple des États-Unis, qu'on dit souvent absorbé par la préoccupation exclusive des intérêts matériels, que le spectacle de ce grand mouvement national pour le progrès moral de l'humanité. Mais ce mouvement est incomplet : à côté de la bannière de la *codification*, je ne vois pas flotter celle de l'*efficacité*.

Je ne vois pas l'opinion publique pétitionner au Congrès américain en faveur de la codification du droit des gens et de l'arbitrage international. La tribune du Congrès de Washington reste silencieuse, tandis qu'à celle du Parlement anglais cette grande réforme rencontre les lumières de la discussion et la majorité des votes.

Je ne voudrais rien dire ni rien faire qui puisse ralentir aux États-Unis le généreux élan pour la codification, mais il faut qu'en même temps le peuple américain en prépare l'efficacité. Il faut que l'initiative de l'opinion publique provoque par le pétitionnement l'initiative parlementaire et que celle-ci à son tour, par ses discussions et par ses votes, stimule l'initiative gouvernementale et diplomatique. C'est ainsi que se conçoit et s'explique le programme que j'ai développé

Digitized by Google

devant l'Institut sur le double concours de la science et de la diplomatie. C'est de la première que doivent venir la lumière et l'impulsion, et de la seconde la sanction.

III

En examinant la situation respective des États-Unis et de l'Angleterre par rapport à la direction du mouvement en faveur de l'arbitrage international dans ces deux pays, on voit que les États-Unis se sont le plus résolûment engagés sous la bannière de la codification, mais ils se sont laissé devancer par l'Angleterre sous celle de l'*efficacité*. On n'y trouve pas encore le pétitionnement qui a précédé, préparé et appuyé la motion de M. Richard au sein du Parlement anglais, et l'initiative parlementaire est restée inactive et silencieuse à l'égard de l'arbitrage international.

Toutefois, pour rompre ce silence, le Parlement des États-Unis n'a besoin que d'obéir à ses précédents, et ailleurs[1] j'en ai rappelé un bien mémorable, à l'éternel honneur du Sénat américain, en citant les votes de 1853 sur la clause à insérer dans les traités à conclure avec les autres nations, clause en vertu de laquelle toute contestation qui pourrait surgir entre les parties contractantes serait remise à la décision d'arbitres impartiaux à désigner mutuellement.

Il y a donc deux lacunes à remplir dans la direction du mouvement aux États-Unis en faveur de l'arbitrage international: l'une est celle du pétitionnement et l'autre celle d'une motion parlementaire; mais je ne viens pas conseiller aux États-Unis sous ce double rapport la stricte imitation du précédent anglais, car je crois qu'il y a une amélioration importante à y introduire.

Ce qu'il faut demander, en effet, par voie de pétition et de motion parlementaire, ce n'est pas ce qu'il est présentement impossible d'espérer, mais ce qu'il est possible d'obtenir. Or ce qui me semble possible et pratique, c'est, comme je l'ai dit le 31 mars devant l'Institut des provinces de France,

[1] *Un vœu de civilisation chrétienne adressé à l'Angleterre et aux États-Unis.*

Digitized by Google

réuni à Paris pour sa trente-neuvième session, comme je l'ai répété en mai devant l'Institut de France, comme je l'ai redit encore en juin dans mon vœu de civilisation chrétienne adressé à l'Angleterre et aux États-Unis, c'est en un mot de présenter la question dans les termes suivants :

« Qui pourrait empêcher les deux grands peuples d'Angle-
« terre et des États-Unis et leurs gouvernements, du moment
« où ils semblaient vouloir désormais recourir à l'arbitrage
« pour le règlement de leurs conflits internationaux, d'en
« consacrer le principe par un traité entre eux et d'établir à
« la fois le spécimen et l'autorité du précédent dans un pro-
« tocole où ils inviteraient les nations civilisées à s'associer
« à leur exemple, et qui resterait ouvert aux signatures des
« États disposés à y adhérer? »

Les réformes humaines ne peuvent se développer que progressivement, et il faut bien que celle de l'arbitrage international se conforme à cette loi de l'humanité. C'est aux États-Unis et à l'Angleterre à prendre une glorieuse initiative à laquelle la Providence semble les avoir appelés, et de là cette grande réforme se répandra successivement dans tout le monde civilisé. Des États-Unis elle s'étendra à cette Amérique du Sud, dont on n'a pas oublié le Congrès de Panama, et qui se prépare à cette réforme par le remarquable mouvement intellectuel que constate la librairie française en voyant la part importante que cette contrée prend à la demande des ouvrages les plus instructifs et les plus sérieux.

De l'Angleterre, le précédent ne tarda pas à passer le détroit par suite de l'irrésistible attraction qui ne permet plus d'arrêter l'expansion d'une idée civilisatrice, car le progrès social ne reconnaît plus d'obstacle insurmontable quand une fois il a rencontré dans l'autorité d'un précédent le point d'appui qui lui donne la puissance du levier d'Archimède.

Voilà, cher et honoré Monsieur, comment je comprends la direction du mouvement aux États-Unis en faveur de la réforme à laquelle nous aspirons et comment je puis concevoir l'espérance du succès.

Digitized by Google

IV

Un mot encore sur la question de codification du droit public international qui doit être l'immortel honneur de notre époque et qu'à ce titre nous devons avoir tant à cœur de mener à bonne fin.

La route pour y parvenir n'est pas sans écueils : il en est un que l'on semble déjà d'accord à écarter, c'est celui d'une réunion générale qui eût abouti à la confection. On a parfaitement senti que cette codification exigeait d'abord une conférence préparatoire à l'effet de se mettre d'accord sur les principes fondamentaux qui devaient lui servir de base, et que l'entente ne pouvait s'établir, à cet égard, qu'autant que ce travail serait confié à un nombre de membres fort limité.

Il est encore un autre écueil que l'on paraît aussi disposé à éviter, c'est celui d'appeler sur les délibérations de la conférence une publicité prématurée. La convenance de délibérer à huis clos et de laisser la conférence juge du moment opportun pour recourir aux lumières de la discussion publique semble généralement reconnue.

Mais il y a bien des questions délicates dont je me bornerai à mentionner quelques unes sans avoir la prétention d'en résoudre aucune.

Il y a d'abord celle de l'attribution proportionnelle des membres par rapport aux divers pays qui doivent être représentés, il y a ensuite celle du mode de leur désignation.

Ces deux questions semblent les plus urgentes, puisqu'elles tiennent à la constitution même de la conférence. Il en est d'autres qui ne demandent pas une solution aussi rapprochée, telle que celle de savoir comment il sera procédé ultérieurement à l'examen de l'œuvre préparatoire de la conférence, et il sera statué sur la suite à y donner.

Quand on s'engage dans une voie aussi inexplorée, on ne peut aspirer à tout prévoir et tout régler à l'avance, et il faut faire assez largement la part de l'observation, de l'expérience et du temps.

Le point important, c'est d'apporter dans toutes les questions un grand esprit de conciliation, et c'est celui qui se produira dans les deux initiatives différentes que la constitution

Digitized by Google

d'une conférence pour l'œuvre préparatoire des principes fondamentaux d'un Code de droit public international rencontre à sa naissance, l'une venant des États-Unis, l'autre de Belgique.

Tout doit faire espérer que l'entente sur la fusion sera facile, et si quelques difficultés venaient à surgir, il semble que le moyen de les aplanir est ici indiqué par la nature même du sujet : ce serait le cas ou jamais de recourir à l'arbitrage pour le règlement des conflits. Or, assurément, l'illustre président du tribunal arbitral de Genève, avec le concours de tout ou partie de ses éminents collègues, ne se refuserait pas à résoudre les difficultés, et c'est là une autorité dont on ne pourrait que s'honorer, en pareil cas, d'invoquer et respecter les décisions.

Veuillez agréer, cher et honoré Monsieur, l'assurance de mes sentiments distingués et dévoués.

CH. LUCAS,
Membre de l'Institut.

Digitized by Google

QUESTIONS SUR LES ORDRES ET LES CONTRIBUTIONS.

DU PRIVILÉGE DES FRAIS DE PURGE.

Théorie et commentaire de l'article 774 du Code de procédure civile.

Par M. Dramard, juge au tribunal civil de Béthune.

(*Suite et fin* [1].)

VI

Notre solution sur ce second point n'est-elle pas en partie préparée par les considérations que nous avons précédemment fait valoir, et surtout par la constatation qui en est résultée que la créance de l'acquéreur est privilégiée? Quel est en effet le mode suivant lequel les priviléges sont exercés sur le prix à distribuer? Le législateur a-t-il dérogé à leur égard aux règles ordinaires?

Il est un principe qui domine tout notre droit privé aussi bien que notre droit public, c'est que nul ne peut se faire justice à soi-même. Ce principe, que nous avons reconnu à l'occasion du droit de rétention, nous le retrouvons ici avec toute son énergie. De ce qu'un droit est opposable aux tiers, il ne s'ensuit pas qu'il ne puisse être sujet à critique de leur part. Dès lors donc qu'un droit en concours avec celui d'autrui peut y préjudicier, l'intervention du pouvoir judiciaire est forcée si les parties ne se mettent d'accord avant tout procès; mais quand le débat est déjà lié, les accords qui interviennent entre elles ne peuvent se passer de la consécration du juge; c'est ce qui arrive en matière d'aveux, de reconnaissances, de consentements, de désistements faits en justice; c'est encore ainsi surtout que les pactes commissoires ne produisent d'effet qu'autant qu'ils ont été vérifiés et reconnus par le juge, et, spécialement dans notre matière, la convention qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage

[1] V. *Revue*, livraison de Juillet, p. 480.

Digitized by Google

ou à en disposer sans les formalités tutélaires prévues par le Code, est déclarée nulle et sans efficacité par l'article 2078 du Code civil[1]. A plus forte raison la règle de cet article doit-elle s'appliquer en l'absence de toute convention. Et l'on voudrait que cette sorte de commise, que la volonté libre et librement exprimée des parties serait impuissante à produire, elle existât de plein droit, en dehors de toute manifestation expresse et non équivoque de la loi? Non! A part les considérations d'ordre public qui dominent la matière, des motifs d'ordre privé expliquent encore la prohibition de l'article 2078 : C'est que tous les créanciers ayant un droit égal au gage commun, ce droit ne peut être limité que par des causes de préférence spécialement prévues; d'où un droit pour eux tout aussi absolu de contrôler ces causes de préférence, de critiquer les prétentions contraires et préjudiciables à leur propre droit. C'est là un axiôme qui, sans être écrit en tête des titres du Code qui déterminent la procédure des distributions par *ordre* et par *contribution*, parce que c'est une vérité qui ne se proclame pas, a dicté cependant toutes les règles de détail de ces procédures, et c'est de lui que découlent notamment toutes celles qui ont pour objet les sommations de produire, les délais de production et de communication, les forclusions, les déchéances, les nullités opposables par ceux qui n'ont pas été régulièrement avertis. Que deviendrait ce droit si l'acquéreur pouvait se payer lui-même de sa créance? Quelle raison aussi de s'arrêter dans cette voie? Est-il donc le seul qui se trouve en position de profiter d'une telle faveur? D'autres ne sont-ils pas dans une situation identique ou analogue qui leur permît de la revendiquer également? Pourquoi, par exemple, la dénierait-on à l'acquéreur qui serait en même temps créancier hypothécaire sur l'immeuble qu'il a acquis, si son hypothèque peut venir en rang utile? Et le créancier privilégié qui achèterait l'immeuble, l'architecte, par exemple, qui a construit la maison, sans qui elle n'existerait pas, s'il vient à l'acheter, événement

[1] Tel serait aussi le sort de la clause par laquelle le prêteur d'une somme d'argent stipulerait qu'à l'échéance il aurait le droit de faire vendre les biens de son débiteur sans se conformer aux règles tracées par la loi sur la saisie immobilière, et d'en toucher directement le prix.

Digitized by Google

assez fréquent dans les temps de réédification de villes entières que nous avons traversés, pourquoi cet architecte ne pourrait-il donc pas, aussi bien que notre acquéreur, retenir son prix, se payer lui-même? N'est-il pas plus favorable encore que lui? N'en est-il pas de même de tous les priviléges sur les immeubles? Voici, entre bien d'autres, une espèce identique : Soit un créancier gagiste qui a fait des dépenses pour la conservation du gage; il a deux priviléges, article 2102-2° et 3°. S'il laisse saisir et vendre son gage, il a perdu le droit de rétention; mais ses priviléges subsistent, pas de difficulté sur ce point. Supposons qu'il a acheté le gage, son droit de rétention subsistera-il et pourra-t-il, combinant tous ses droits, se payer lui-même, faire son compte et n'abandonner que le reliquat, s'il y en a un, à ses concurrents? Nous ne pensons pas que personne ait jamais songé à l'affranchir de la nécessité de mettre son prix en distribution et d'y produire. La situation de l'acquéreur d'un immeuble n'est-elle pas identique? L'hypothèque n'est-elle pas une sorte de gage, et le droit de suite s'explique-t-il autrement que par cette idée de gage?

Mais prenons une espèce analogue où la loi, à un privilége exorbitant, a encore ajouté une faveur toute spéciale. Le propriétaire, privilégié sur les meubles vendus, n'est pas obligé de suivre les lenteurs d'une distribution judiciaire; il peut, dès le début, préliminairement faire statuer en référé devant le juge-commissaire sur son privilége, article 662 du Code de procédure civile. Voilà bien, certes, un créancier entouré de toutes les faveurs du législateur; et cependant, fût-il même l'acheteur du mobilier de son débiteur saisi, il faut qu'il attende que tous ses concurrents sur le gage commun aient produit leur prétention; il faut surtout que les droits de ceux-ci soient garantis par la contradiction de l'avoué le plus ancien de ceux qui les représentent, consécration bien remarquable du principe que le législateur a toujours scrupuleusement respecté, et qu'il n'a pas pu perdre de vue, pour un instant seulement, quand il édictait l'article 774 du Code de procédure.

Et que l'on ne dise pas, — car c'est là le grand argument mis en avant par les partisans du système en discussion, qui, sans méconnaître la justesse de ces principes, veulent y faire

Digitized by Google

une exception, non pas, disent-ils, par faveur pour le nouveau propriétaire, mais sous le prétexte que l'intérêt même des autres créanciers l'exige, — que l'on ne dise pas que ceux-ci savent bien que l'acquéreur a droit d'être payé avant eux, que, dès lors qu'on ne leur cause aucun préjudice, il n'y a aucune raison de lui dénier le droit de se payer et de l'obliger à faire des frais pour obtenir ce que l'on ne pourra pas lui refuser. Cette argumentation n'est que spécieuse et elle ne tendrait à rien moins qu'à supprimer les ordres; et en effet, si le principe de cette théorie était admis, cette procédure n'aura bientôt plus de raison d'être, car toutes les fois que l'acquéreur sera en même temps créancier, il pourra s'affranchir de la nécessité de produire; il sera toujours fondé à dire à ses créanciers : « Mais vous saviez bien que j'étais créancier à tel ou tel titre, et que je devrais passer avant vous, pourquoi me forcer à faire des frais et à subir des lenteurs pour obtenir ce que vous ne pouvez pas me refuser? » Il pourra tenir ce langage aussi bien s'il est premier créancier inscrit que s'il a un privilége de vendeur, lorsque, par exemple, ayant vendu antérieurement l'immeuble, il le rachète de son acquéreur. Bien plus, un créancier qui ne viendrait qu'en rang insuffisant pour toucher intégralement son dû sur le montant de son propre prix, pourrait, avec bien plus juste raison encore, se dispenser de produire: car, à l'égard de ceux qui le précèdent, son défaut de production n'a aucun intérêt, puisqu'il ne pourrait préjudicier qu'à lui, et quant à ceux qui sont inscrits après lui, il serait fondé à leur dire comme tout à l'heure : « Mais vous saviez bien que j'avais une hypothèque préférable à la vôtre; elle est publique, les bureaux du conservateur sont ouverts à tous; d'ailleurs, en provoquant l'ordre, le poursuivant a déposé au greffe l'état des inscriptions, cela suffisait pour vous renseigner; pourquoi, alors que je ne vous préjudicie pas, me forcer à faire des frais qui ne retomberont que sur moi seul, puisque c'est sur moi que les fonds manquent? » Dans ce courant d'idées la forclusion n'a plus de raison d'être. Ainsi manque le fondement à l'un des motifs sur lesquels prétend s'appuyer la solution combattue, c'est-à-dire le défaut d'intérêt des créanciers à s'opposer au prélèvement.

Digitized by Google

VII

Serait-ce donc que la créance de l'acquéreur fût à l'abri de toute contestation? — Mais elle peut être critiquée dans son principe même aussi bien que dans son *quantum*. Plus d'un cas se peut présenter :

1° Dans son principe, le nouveau propriétaire a pu suivre la procédure de purge alors qu'elle était inutile ou qu'au moins son utilité était douteuse et contestable, soit qu'il fût insuffisamment conseillé, soit qu'il eût cédé à des scrupules, à des craintes exagérées. Ne perdons pas de vue, en effet, que cette procédure étant toute dans l'intérêt de l'acheteur et pour lui assurer sa tranquillité, en présence des causes nombreuses d'éviction dont est entourée la transmission de la propriété, il vaut mieux pécher par excès de prudence; mais que le résultat le plus appréciable pour les créanciers en étant de grêver leur gage d'une cause de préférence dont ils ont à souffrir, ils seront naturellement disposés, ils seront quelquefois fondés à contester l'utilité de ces dépens et à n'y voir qu'un sacrifice au repos de l'acquéreur, dont ils ne sont pas tenus de faire les frais. Tel serait, pour prendre une hypothèse fort simple, le cas où l'acquéreur sur saisie immobilière[1] voudrait purger contre les créanciers inscrits bien qu'ils aient été liés à la procédure d'expropriation qui a opéré la purge complète de l'immeuble (art. 692, 696, 717 C. pr. civ.), mû qu'il serait par des doutes sur la régularité et l'efficacité d'une procédure qui a pu être entachée de nullités, et par des appréhensions plus ou moins légitimes sur l'irrévocabilité de son titre d'acquisition. Des espèces fort délicates peuvent se présenter sur cette matière. Plus nombreuses ont les espèces sujettes à controverse en matière de purge sur aliénation volontaire. Ainsi, le vendeur a pu stipuler que le vendeur ne fera pas purger ou qu'il ne le fera pas avant un certain délai (Grenier, t. II, n° 324; Rolland de Villargues, v° *Purge*, n° 9). C'est là une convention qui, expresse

[1] Ou même sur conversion si elle a été prononcée après la sommation aux créanciers inscrits.

Digitized by Google

ou tacite, ou formulée par contre-lettre, se présente tous les jours dans la pratique notariale. M. Persil, cependant, ne se résout qu'avec peine à admettre la validité d'une telle convention. « L'acquéreur d'un immeuble, dit-il (*Rég. hyp.*, art. 2183, n° 1), est toujours admis à la purge des hypothèques et priviléges qui le grèvent ; il aurait renoncé à ce droit par le contrat d'acquisition, que nous serions presque tenté de le relever de cette renonciation ; mais au moins pensons-nous que de semblables conventions doivent être formelles, et qu'elles ne peuvent pas facilement se présumer [1]. »

C'est ainsi encore que, « d'après la Cour de cassation, bien que l'adjudication des immeubles d'un failli, vendus à la requête d'un syndic, n'ait pas été suivie d'une surenchère dans la quinzaine (art. 573, C. com.) aucune autre surenchère n'est recevable, et les frais de notification relative à la purge des hypothèques sont frustratoires (*J. av.*, t. LXXVI, p. 462, art. 1138). Quelques tribunaux s'étaient, néanmoins, prononcés en sens contraire, et cette opinion, dit le savant auteur du *Traité de la procédure civile*, que nous citons ici, m'avait paru préférable à la première (*ibid.*, p. 639, art. 1182, lettre G, et t. LXXVI, p. 74, art. 1200). La question de savoir, ajoute-t-il, quelle procédure doit suivre l'acquéreur d'un bien appartenant à un failli concordataire, pour purger, et provoquer une surenchère est aussi très-difficile à résoudre [2]. » Et ce n'est pas sans hésitation qu'il propose un moyen plutôt pratique que juridique.

Ce serait étendre au delà de ce qui convient les proportions de cette étude que de passer en revue les cas assez nombreux prévus par les auteurs ou résolus par la jurisprudence où peuvent s'élever des doutes sur le point de savoir s'il y a lieu à purge ou non ; on en trouvera dans le *Répertoire* de M. Dalloz, v° *Priviléges et hypothèques*, nos 2009 et suivants, un aperçu qui en fera comprendre l'intérêt dans la question qui nous occupe [3].

[1] Dalloz, *Priv. et hyp.*, nos 2010 et suiv.
[2] Chauveau et Glandaz, *Formul. de proc.*, t. II, p. 649, note.
[3] Voir aussi *Journ. des avoués*, 1860, p. 76.

Digitized by Google

2° La créance peut aussi être contestée dans son *quantum;* ce sera peut-être le cas le plus fréquent. En admettant la dette, les créanciers hypotécaires auront quelquefois à en critiquer l'exagération à plus d'un point de vue. L'espèce prévue par M. Chauveau, en matière de vente de biens de failli concordataire, qui vient d'être rapportée, en offre un exemple. Le syndic ayant pris au profit de la masse créancière une inscription collective, l'acquéreur devra-t-il notifier son contrat à quarante ou cinquante créanciers, même plus peut-être, repris au bordereau d'inscription? Que lui objecter s'il l'a fait par copies séparées? N'a-t-il fait qu'user de son droit ou l'a-t-il excédé? (V. *J. des av.*, t. XLII, p. 339.) L'auteur précité propose une solution qui, fondée sur une sorte d'usage, est, avons-nous dit, plus pratique que juridique, et qui restera toujours soumise à l'appréciation du juge-commissaire à l'ordre et à celle des tribunaux [1]. Cette espèce n'est pas la seule, et la difficulté se présentera toutes les fois que des cointéressés profiteront de la même inscription, des héritiers, des sociétaires après dissolution de la Société, etc.

Mais les frais peuvent être exagérés encore à un autre point de vue : l'état en peut présenter des abus. L'objection tirée de ce qu'il doit être taxé ne peut pas nous arrêter, car le système des adversaires étant tout en fait, c'est-à-dire le fait matériel par l'acquéreur de retenir et de se payer, en

[1] Voici comment la résout M. Chauveau (*loc. cit.*) : « De l'opinion exprimée par mon savant collègue, M. Dufour (*J. av.*, t. 75, p. 426, art. 894) et des avis divers des jurisconsultes, il résulte que l'acquéreur agira avec prudence en adressant la notification : 1° aux anciens syndics qui ont pris l'inscription au nom de la masse, en vertu des articles 490 et 517 du Code de commerce; — 2° au délégué spécial que les créanciers choisissent ordinairement dans le concordat pour surveiller les opérations du failli concordataire. Il semble que l'article 517 précité confiant aux syndics le soin de faire inscrire le jugement d'homologation du concordat, c'est au domicile élu dans cette inscription que la notification doit être faite; mais les auteurs ne sont pas d'accord sur le mode d'inscription, ni sur les effets qu'elle produit. Dans l'usage, la masse consent, dans le concordat, à la radiation de l'inscription prise en son nom par les syndics, et subordonne la validité des aliénations que fera le concordataire au consentement d'un délégué qu'elle investit de ses pouvoirs. — Cette méthode est la plus sage. » Quelle est, ajouterons-nous, la valeur de cette condition contre un acquéreur de bonne foi?

Digitized by Google

ait aussi il se trouvera autorisé à négliger la taxe, n'y ayant aucun intérêt. Présentât-il d'ailleurs un état taxé, que l'argument serait encore sans valeur : la religion du juge taxateur n'a-t-elle pas pu être surprise, des circonstances particulières que l'intérêt des créanciers leur fait apercevoir n'ont-elles pas pu lui échapper? Que fera-t-on dans ce système de leur droit de former opposition à la taxe, et des conditions dans lesquelles ce droit s'exerce ou qui en font encourir la déchéance?

Mais, dit-on, — ces objections se produisent journellement dans la pratique, et des auteurs aussi bien que des décisions judiciaires les soutiennent implicitement de leur autorité; — mais ce sont là des cas fort rares, des exceptions. Quelle nécessité de prévoir des difficultés qui probablement ne se présenteront pas? D'ailleurs, si elles doivent naître, elles se produiront avec plus d'opportunité au moment de la quittance; elles trouveront alors une solution toute naturelle. Divisons l'objection.

a. Ce sont des cas exceptionnels qu'il est inutile de prévoir. — Nous répondrons : Dans la masse incalculable des transactions privées qui s'accomplissent tous les jours, celles qui soulèvent des difficultés, celles surtout qui arrivent jusqu'aux tribunaux ne constituent qu'une infinie minorité, et cependant c'est en définitive de ces cas si rares et si exceptionnels que se préoccupe le législateur; ce sont eux qu'il veut prévenir, parce que, les ayant résolus d'avance, ils n'auront plus de raison de se produire. Pour nous restreindre à notre matière, pourquoi le législateur a-t-il cru devoir régler la procédure de l'ordre, si ce n'est en prévision de toutes les difficultés qui peuvent se produire à l'occasion du règlement du prix et par suite du concours des prétendants droit? Si l'on a dû recourir à l'ordre judiciaire, c'est que l'ordre amiable a échoué et que les créanciers ont préféré mettre leurs droits sous la garantie de l'intervention du juge. Cela nous amène à la seconde partie de l'objection.

b. Ces difficultés se produiront plus utilement au moment de la quittance. — Cette raison pourrait également bien s'adapter à tous les cas où des créanciers se présenteront dans une situation analogue à celle du nouveau propriétaire, et entre au-

Digitized by Google

tres au cas où celui-ci aurait payé un ou plusieurs créanciers en exécution d'une délégation portée dans son contrat, et sans attendre l'ouverture de l'ordre. Il se trouve alors subrogé aux droits des créanciers désintéressés (art. 1251-2°). Dira-t-on qu'il n'aura pas besoin de produire à l'ordre parce qu'il est détenteur, que l'emploi de son prix étant fait, il se trouve implicitement payé, et qu'il lui suffira de présenter un compte lorsqu'il réglera le solde de son prix? Personne n'ira jusque-là parce que ce serait la négation de tous les principes, et cependant dans l'ordre d'idées où l'on se place, au regard des frais de purge, le raisonnement et les motifs de décider sont les mêmes. Cette manière de procéder serait d'ailleurs fort dangereuse, car on réserverait ainsi des chances de contestations qui, venant après la clôture de l'ordre, en pourraient détruire toute l'économie, résultat ordinaire de tous les moyens plus ou moins ingénieux employés pour éluder ou simplifier les formes que la loi, dans sa sagesse raisonnée, a cru devoir prescrire. Le dernier créancier colloqué ne consentira pas facilement à une réduction de la collocation pour laquelle il a un titre exécutoire et inattaquable; il répondra à l'acquéreur : *meum recepi;* il ne resterait à celui-ci d'autre voie de recours possible que la tierce opposition, ou des offres réelles; mais il ne serait pas bien assuré que le dernier créancier colloqué ne lui répondît que la loi, en prescrivant son appel en cause par la dénonciation qui lui a été faite de l'ouverture de l'ordre (art. 753 C. pr. civ.), a mis à sa disposition un moyen de défendre ses intérêts et de prévenir les difficultés dont la fixation du prix à distribuer pouvait être la cause; que n'ayant pas usé en temps opportun de cette faculté, il en est désormais déchu. Nous verrons plus loin quelle peut être la valeur de cette objection.

Et que l'on ne se retranche pas derrière cette considération de fait qu'il ne s'agit que d'un intérêt de frais le plus souvent sans importance; ce serait s'exposer à des mécomptes, car ces frais sont quelquefois considérables, et nous en avons vu dont le chiffre excédait 2,000 francs. Mais c'est là une raison qui nous touche peu; l'application des principes ne peut pas être subordonnée à des considérations de ce genre. C'est aujourd'hui une disposition assez ordinaire,

Digitized by Google

mais qui n'en est pas moins fâcheuse, de se préoccuper plus qu'il ne conviendrait du fait, parce qu'il est actuel, qu'on le voit, au détriment du principe, que l'on néglige aisément parce que la raison supérieure ne s'en présente pas toujours immédiatement à l'esprit, que ses conséquences sont plus éloignées, et que des appréciations *ex æquo et bono* semblent de meilleurs guides que la rigueur du droit. C'est aussi un mauvais calcul que d'omettre, en vue d'une économie de quelques frais, les formes protectrices de la procédure dont l'expérience a enseigné l'utilité, au risque de se réserver ainsi des difficultés qui détruiront parfois, et bien au delà, l'avantage que l'on se proposait d'obtenir.

Ce qui prouve la justesse de ces réflexions, ce sont les palliatifs au moyen desquels on se flatte de suppléer à une production régulière. Ne perdons pas de vue que l'ordre amiable a échoué et que nous en sommes à l'ordre forcé. L'acquéreur devra, dit-on, se borner à veiller à ce que le prix mis en distribution ne soit que son prix réduit, et à faire connaître ses prétentions par une simple note remise au juge-commissaire, dans le cas où celui-ci aurait commis une erreur ou omis de déduire les frais de purge. (V. notamment Audier, *J. des avoués*, 1868, p. 483.; Trib. de Pau, 14 février 1862; *ibid.* 1863, p. 132.) Ainsi le juge devra d'office suppléer à la demande du créancier, et s'il l'omet celui-ci pourra l'éclairer par une simple note! Dans quelle voie sommes-nous donc engagés? Une simple note remise au juge, subrepticement peut-être, sans contrôle de la part des intéressés, répondra au vœu de l'article 753! Mais toute la procédure civile peut être réduite à ces formes élémentaires! Aujourd'hui c'est à propos d'une collocation à l'ordre, demain ce sera dans un litige. Et l'on veut que le juge se prête à ce mode d'instruction des affaires sur lesquelles il a à statuer; et l'on ne voit pas tout ce que, dans la pratique, il a de dangereux, et l'on ne comprend pas qu'avec ce système de compromis et de tolérances le Code de procédure sera bientôt effacé, comme on ne s'en aperçoit que trop déjà dans bien des tribunaux, où le laisser-aller des auxiliaires de la justice triomphe par sa force d'inertie de toute la fermeté des magistrats! Le juge peut-il accorder d'office ce qui ne lui est pas demandé? S'il

Digitized by Google

ne le fait pas, s'il n'a pas égard à la note du créancier, s'il l'omet, s'il ne lui accorde qu'une partie de ce qui lui est dû, celui-ci sera-t-il déchu, bien qu'il ne soit pas lié à la procédure? Cette surveillance qu'on lui conseille, cette intervention que l'on autorise seront-elles à ses frais? Et la faveur qu'on lui accorde, à côté de la loi, n'aura-t-elle en définitive d'autre effet que de laisser à sa charge la rémunération de l'officier ministériel qu'il aura employé pour guider son inexpérience [1]? Que de difficultés, que d'incohérences pour

[1] Cette note ne pourrait d'ailleurs, dans la plupart des cas, être remise que par l'intermédiaire d'un avoué, car, ne l'oublions pas, l'acquéreur est légalement réputé représenté dans l'ordre par l'avoué qui a occupé pour lui lors de l'enchère ou sur la purge; c'est la loi qui proroge d'office son mandat, et les partisans du système adverse professent que la signification à avoué de l'ordonnance de clôture met l'acquéreur en demeure de payer sans qu'il y ait lieu de lui signifier les bordereaux. C'est en vue de cette économie que la loi de 1858 a joint l'acquéreur à l'ordre. Mais est-ce à lui de faire les frais de cette économie? Étant admis, d'une part, que les bordereaux ne sont exécutoires contre lui qu'autant qu'il en a connaissance, et, d'autre part, qu'il aura désormais cette connaissance légale par l'avoué que la loi considère comme continuant de le représenter, il ne doit pas plus avoir à payer cet avoué qu'il n'avait autrefois à supporter les frais de signification des bordereaux, formalité que la nouvelle combinaison a eu pour objet de remplacer.

Posons des chiffres puisque dans le système opposé là est tout l'intérêt de la question. Dans ce système il faudra allouer à l'avoué de l'acquéreur

	Paris.	Ailleurs.
1° Vacat à prendre communication du règlement provisoire pour veiller à ce que le prix mis en distribution ne soit que le prix réduit	5f,00	3f,75
2° Vacat à prendre communication du règlement définitif sur dénonciation de l'ordonnance de clôture, puisqu'elle tient lieu de signification des bordereaux.	5f,00	3f,75
Total.	10f,00	7f,50

Mais il reste les chances d'un contredit en cas d'erreur du juge dans la liquidation des frais de purge. Dans notre système, les frais seront les suivants :

	Paris.	Ailleurs.
1° Production.	11f,40	9f,90
2° Vacat à prendre communication.	5f,00	3f,75
Total.	17f,40	13f,65
Différence.	7f,40	6f,15

Digitized by Google

arriver à éviter les frais d'une simple requête de production, car c'est à cela que tout se réduit, la délivrance d'un bordereau à l'acquéreur, exécutoire sur lui-même, étant évidemment inutile!

Mais écartons tous ces moyens extra-légaux. La loi n'en reconnaît qu'un pour l'acquéreur de surveiller ses intérêts dans l'ordre, c'est d'y intervenir ainsi que l'y invite l'article 753; et son intervention sera beaucoup plus naturelle et plus efficace dès le début de la procédure, par la voie de la production, qu'au cours de cette procédure, par la voie du contredit; et elle aura presque toujours ainsi l'avantage d'éviter des frais et de prévenir des embarras, en fixant tout d'abord la base de l'ordre, c'est-à-dire le quantum du prix à distribuer.

VIII

Concluons donc, il en est temps, car nous avons été entraîné plus loin que nous ne l'avions prévu en commençant la réfutation du système sur lequel est fondée la pratique fâcheuse que nous combattons. Nous avons reconnu que le droit de l'acquéreur sur son prix, à raison des frais de purge, n'est ni un droit de rétention ni une compensation; que c'est au contraire un privilége, celui du créancier gagiste, sur la chose qui lui sert de gage. Nous avons reconnu en outre que, pour se faire payer de ses avances, il est dans une situation identique à celle de tous les autres créanciers; il devra donc se présenter à l'ordre et y produire sa réclamation. Mais quant à la forme sous laquelle il la produira, il y a lieu de distinguer entre les deux hypothèses qui peuvent se présenter.

1° L'ordre est poursuivi par l'acquéreur lui-même. Dans ce cas il devra, en mettant son prix en distribution, indiquer le montant de la diminution qu'il sollicite et joindre l'état de ses frais. Cette demande implicite suffira pour faire connaître sa prétention aux autres créanciers et appeler leur contrôle. Si aucune contestation n'est formulée, il y a de leur part adhésion tacite, et le juge, en faisant la distribution du prix sous la déduction de la créance de l'acquéreur, lui attri-

Digitized by Google

buera implicitement ainsi la somme suffisante à le désintéresser; il sera de la sorte *employé par préférence*. Cette marche est de tout point conforme à celle indiquée par l'article 777, § 5, dans le cas où l'acquéreur veut préalablement consigner. Si au contraire l'acquéreur omet de faire connaître sa créance, il ne pourra pas se dispenser de produire; mais alors il le fera à ses frais, parce qu'il est en faute, et que son oubli ne doit pas préjudicier au dernier créancier colloqué; il sera juste alors de lui opposer qu'il ne faut pas recourir aux voies les plus coûteuses lorsque l'on peut arriver au même but à peu de frais. Dans ce cas seulement nous serions disposé à considérer sa production comme frustratoire, bien que pratiquement il n'en résultera peut-être pas d'aggravation de frais, une seule production devant suffire pour les frais de purge et pour les frais d'ordre [1].

2° L'ordre est poursuivi par tout autre que l'acquéreur. Dans ce cas la production est indispensable, car rien ne révèle officiellement la créance de l'acquéreur; il est possible même qu'il n'ait aucune créance, car son vendeur a pu lui imposer la charge de ces frais comme condition de la vente, ou les prendre à sa charge personnelle en déterminant son prix en conséquence, ou bien encore il a pu les acquitter directement; les combinaisons possibles à cet égard sont nombreuses, et le silence de l'acquéreur doit faire présumer l'absence d'intérêt de sa part; la collocation d'office ne peut pas être suppléée. Le juge-commissaire qui, trouvant dans le dossier les pièces de purge sans lesquelles l'ordre ne peut pas être ouvert, colloquerait d'office à cette occasion l'acquéreur, s'exposait à lui adjuger ce qui ne lui est pas dû.

A ce sujet un dernier point nous reste à examiner: Quelle sera la sanction de l'obligation où se trouve l'acquéreur de produire pour les frais de purge? Dans l'opinion adverse, il

[1] C'est ce qui avait lieu avant la loi de 1858. Mais depuis, l'article 759 nouveau paraît avoir introduit une innovation. Ainsi, dans le système opposé, on refuse au poursuivant le droit de produire pour les frais d'ordre. Le juge doit les colloquer d'office. Il n'y a aucune difficulté à concéder ce point, bien qu'il soit plus sûr d'en faire la demande.

Digitized by Google

n'encourt aucune déchéance, et nous avons vu que c'est précisément de cette circonstance qu'il n'encourt pas la déchéance prononcée contre les créanciers sommés par l'article 756 du Code de procédure civile, parce qu'il n'a pas été sommé comme eux dans les termes de l'article 753, que l'on induit qu'il ne doit pas produire à l'ordre. Voici quelle est sur cette question de forclusion la doctrine de la Cour de cassation (chambre civile, 9 août 1859) : « Vu l'article 256 du Code de procédure civile, attendu que la forclusion prononcée par cet article s'applique aux réclamations des créanciers relativement au rang et à la quotité de leurs créances que le juge-commissaire a mission de régler, mais non à la réclamation du tiers acquéreur contre l'énonciation erronée du prix à distribuer, laquelle est susceptible d'être rectifiée d'après les actes qui ont fixé ce prix en principal et accessoires, sans qu'on puisse opposer au tiers acquéreur l'exception de chose jugée comme résultant de l'ordonnance de clôture de l'ordre, lorsque sa réclamation n'a été, comme dans l'espèce ni débattue ni présentée dans la procédure d'ordre; qu'en effet les demandeurs n'ont figuré dans l'ordre que comme créanciers du montant des frais de notification; d'où il suit qu'en repoussant comme tardive et non recevable la réclamation des demandeurs, le jugement attaqué a faussement appliqué, et par cela même violé l'article 756 du Code de procédure civile ; — Casse. »

De ce que l'acquéreur ne sera pas forclos parce qu'il n'aura pas produit à l'ordre, il ne s'ensuit pas qu'il ne doit pas produire à l'ordre; l'espèce sur laquelle est intervenu l'arrêt de cassation démontre, au contraire, qu'il y a figuré comme créancier de ses frais de notification, et l'arrêt consacre implicitement ce droit. Toutefois cette jurisprudence, bien qu'elle soit approuvée par les auteurs, ne satisfait pas complément, et l'on pourrait, il me semble, opposer à l'acquéreur que l'article 753 lui donnait un moyen de surveiller ses intérêts et qu'il ne peut s'imputer qu'à lui-même de n'en avoir pas profité, et cela avec d'autant plus de raison, alors que, comme dans l'espèce, il a figuré à l'ordre comme créancier du montant des frais de notification.

Il nous paraît difficile de concilier la solution donnée par

Digitized by Google

l'arrêt précité, d'une part avec la décision des auteurs qui professent que la déchéance est générale, qu'elle frappe les créanciers qui peuvent se présenter spontanément à l'ordre, tels que les créanciers privilégiés en vertu des articles 2101 et 2104 du Code civil, etc. (Seligman, *De la saisie immobilière et de l'ordre*, n° 296), et d'autre part avec l'avis des auteurs qui décident que l'acquéreur étant depuis la loi de 1858 partie dans la poursuite d'ordre, tandis qu'il y était autrefois complétement étranger, il sera mis en demeure par l'ordonnance de clôture d'avoir à payer son prix sans qu'il soit nécessaire de lui signifier les bordereaux. N'oublions pas que l'ordonnance de clôture n'est signifiée qu'à avoué et nous pouvons supposer que l'acquéreur n'a pas d'avoué [1], s'il en a un, c'est qu'il est représenté à l'ordre, et la question qui nous occupe n'a plus d'intérêt, puisqu'il ne s'agit au fond, dans le système que nous combattons, que d'une question de frais de production ou de présence à l'ordre, ce qui pour nous est tout un (Audier, *Journal des avoués*, 1862, p. 174).

Quoi qu'il en soit, les déchéances étant de droit étroit, nous pensons que le silence de la loi doit profiter à l'acquéreur; il y a, pensons-nous, une lacune dans la loi: elle donne lieu à des différences de situation assez bizarres; mais aussi, quelque préjudiciable que ce résultat puisse être pour les créanciers, l'acquéreur devra être admis à contester; mais comme, en définitive, il y a là une faute de sa part, et que l'article 753 du Code de procédure civile venait à son secours, nous serions d'avis que les frais du contredit devraient rester à sa charge, par application de l'article 766, § 4.

Si nous ne nous faisons illusion, la manière de procéder à laquelle nous donnons la préférence, sans occasionner plus

[1] L'article 767 ne dit pas que l'ordonnance de clôture doit signifier à l'avoué de l'acquéreur, ce qui est une première difficulté, mais il pourra se faire que l'acquéreur n'ait pas eu jusque-là d'avoué. C'est ce qui arriverait si la vente avait eu lieu devant notaire par suite de conversion prononcée après les sommations aux créanciers inscrits (art. 692 C. pr. civ.), ou encore si tous les créanciers avaient déclaré renoncer à leurs droits de surenchère et de suite. Pour n'être pas dans ce cas créancier de frais de purge, l'acquéreur ne sera pas pour cela dépourvu d'intérêt à sister à l'ordre.

Digitized by Google

de frais appréciables que celle que nous avons critiquée, sera plus sûre et plus juridique; en prévenant toutes chances de difficultés ultérieures, elle fera produire au règlement du juge-commissaire un effet définitif et irrévocable, et elle présente cet avantage, qui ne peut pas être mis en balance avec quelques petites économies de détail, possibles dans certains cas exceptionnels, que tous les principes généraux et particuliers de la matière auront été respectés.

E. DRAMARD.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

JOURNAL DU PALAIS. Répertoire général contenant la jurisprudence de 1791 à 1857, l'histoire du droit, la législation et la doctrine des auteurs; TABLE COMPLÉMENTAIRE contenant la jurisprudence de 1857 à 1870, par M. J. RUBEN DE COUDER [1].

Compte rendu par M. J. E. LABBÉ,
professeur à la Faculté de droit de Paris.

L'utilité des tables analytiques et alphabétiques par ordre de matières des décisions de la jurisprudence n'est plus à démontrer. Qui ne comprend de quelle importance il est dans la pratique des affaires de retrouver, dans la masse innombrable des précédents judiciaires recueillis, ceux dont l'analogie avec les espèces nouvelles offre des raisons de décider ou d'hésiter en face d'un parti à prendre? Pour les jurisconsultes qui sont interrogés et ont à donner une prompte réponse, il y a nécessité; pour tous ceux qui étudient et se livrent à des investigations juridiques, il y a grand avantage à avoir immédiatement sous les yeux un résumé fidèle du dernier état de la jurisprudence et de la doctrine. Mais le mérite de semblables travaux et la mesure des services qu'ils peuvent rendre dépendent de la clarté, de la fidélité et de la méthode de leur composition.

Nous croyons pouvoir citer et recommander comme un ouvrage fort distingué, presque comme un modèle en ce genre, les tables complémentaires du répertoire du *Journal du Palais* rédigées par M. Ruben de Couder et qui embrassent le mouvement des décisions et des idées pendant les quatorze dernières années.

Nous qui avons suivi M. Ruben de Couder dans ses débuts à la Faculté de droit de Paris, nous qui savons que ses études littéraires et juridiques, la vigueur de son intelligence pou-

[1] Deux volumes in-8° de 1025 pages chacun. Prix : 40 fr. — Publiée par la Société du *Recueil général des lois et des arrêts* et du *Journal du Palais*. Paris, bureaux de l'administration, rue Christine, 3.

Digitized by Google

vaient lui inspirer, comme à d'autres, l'ambition de se produire sur un plus éclatant théâtre, nous sommes heureux de le voir consacrer ses facultés à des travaux qui, pour être principalement des travaux d'analyse et de coordination, n'en méritent pas moins d'être appréciés, exigent pour être bien faits une assez grande valeur intellectuelle, une connaissance exacte de l'ensemble des principes du droit. Si celui qui fait une traduction commet parfois une trahison, à plus forte raison, celui qui abrége et résume. Condenser une doctrine en aussi peu de mots que possible, nuancer les doctrines qui se touchent sans en dénaturer aucune, est le résultat d'une grande somme d'attention, de pénétration et de sagacité.

M. Ruben de Couder avait des précédents à imiter dans la tâche qu'il a entreprise. Deux volumes de suppléments avaient déjà été ajoutés au répertoire primitif du *Journal du Palais*. Notre auteur a introduit quelques innovations judicieuses. — Dans toutes les matières qui ne sont pas traitées dans nos Codes, dans celles qui ont donné lieu à des lois récentes, surtout dans les matières administratives dont la réglementation est si variable, un sommaire indique les dernières lois, les décrets du chef du gouvernement, les arrêtés, les circulaires ministérielles. L'état de la législation est précisé. Puis commence l'analyse de la jurisprudence. — Les tables d'arrêts qui paraissent de période en période se réfèrent à un ouvrage principal, le Répertoire, dont elles forment des compléments successifs. L'auteur a voulu, tout en établissant les références nécessaires, que les derniers volumes pussent être lus et compris en eux-mêmes indépendamment de tout secours étranger. Chaque notion donnée, empruntée à un arrêt ou à un juriste écrivain, est en même temps et un développement nouveau s'unissant pour le compléter à un exposé antérieur de la matière prise en son ensemble, et l'expression d'une pensée, d'une doctrine qui se suffit à elle-même.

Ainsi conçues, ainsi exécutées, les *Tables analytiques* ne sont pas seulement utiles par les renvois qu'elles renferment; elles ont ce mérite et cet avantage que dans le cours d'une discussion ou d'une recherche, elles suggèrent une direction,

Digitized by Google

elles fournissent une autorité, elles inspirent une solution motivée et permettent d'ajourner une vérification.

De tels ouvrages ne sont pas susceptibles d'un compte rendu détaillé. Leur mérite se révèle par l'expérience; nous connaissons des magistrats qui se félicitent d'avoir à leur disposition le travail recommandable de M. Ruben de Couder.

Le jeune et laborieux jurisconsulte vient d'être chargé de la direction générale du Recueil des lois et arrêts et du *Journal du Palais;* il succède ainsi dans une tâche difficile à MM. Devilleneuve et Gilbert. Il se préparait depuis quelque temps sous l'œil vigilant de ce dernier à ce genre de composition qui demande beaucoup de finesse, de clairvoyance et de sens juridique pour bien mettre en relief la valeur doctrinale, la portée exacte des arrêts publiés et annotés. La mort prématurée du regrettable M. Gilbert fait peser entière sur M. Ruben de Couder la responsabilité de cette direction. Mais le Conseil, qui compte dans son sein des magistrats de la Cour de cassation, des avocats expérimentés, n'a pas hésité à placer sa confiance dans ce courageux et intelligent auteur dont le mérite et l'aptitude pour les travaux de cette nature sont attestés par le succès des *Tables complémentaires du répertoire du Journal du Palais.*

La *Revue critique de jurisprudence*, qui attache une grande importance à l'examen des décisions judiciaires, ne pouvait se dispenser de signaler à l'attention de ses lecteurs un ouvrage qui, conçu et exécuté dans une méthode excellente, permet à l'esprit de recherche d'exploiter avec fruit cette mine immense où la sagesse des magistrats accumule lentement des richesses juridiques. J. E. LABBÉ.

Digitized by Google

TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE DES EXPERTISES EN MATIÈRES CIVILES, ADMINISTRATIVES ET COMMERCIALES.

Manuel des experts.

Par M. Oscar DEJEAN [1].

Ce livre est destiné à rendre de grands services aux juges, aux experts et aux avoués ; il contient une étude sinon très-scientifique, du moins complète des règles qui dans notre législation régissent l'expertise. Il se divise en huit chapitres. Le premier, le second, les sixième, septième et huitième sont généraux ; ils traitent des cas dans lesquels l'expertise est soit facultative, soit obligatoire, des expertises amiables, des frais et honoraires des experts et le huitième présente les formules de tous les actes que nécessitent les expertises. Les troisième, quatrième et cinquième chapitres sont spéciaux aux expertises civiles, administratives ou commerciales. L.-C.

[1] Paris, Marescq aîné. Prix : 8 francs.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

1887. Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière et Cᵉ, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

DES SUBSTITUTIONS PROHIBÉES PAR L'ARTICLE 896 DU CODE CIVIL.

Par M. PARADAN, conseiller à la Cour d'appel de Nîmes.

I

1. Le droit romain reconnaissait et autorisait trois sortes de substitutions :

1° La substitution *vulgaire* dont le caractère distinctif résultait de la disposition par laquelle un testateur, après avoir institué son héritier, en désignait un second, en prévision du cas où le premier ne pourrait ou ne voudrait recueillir l'hérédité ;

2° La substitution *pupillaire* dont l'existence se révélait quand le père de famille désignait dans son *propre* testament l'héritier de son fils impubère, pour le cas où celui-ci survivant décéderait avant d'avoir atteint l'âge de puberté, et par conséquent avant d'avoir pu lui-même choisir la personne qui serait appelée à lui succéder ;

3° Enfin la substitution *fidéicommissaire*. Celle-ci se manifestait quand le testateur, pour maintenir ses biens dans la même famille et les frapper de mainmorte, les transmettait d'un premier successeur à un second qu'il désignait lui-même, ravissant ainsi au premier appelé le droit de les aliéner ou hypothéquer.

2. Il faut bien reconnaître que la législation romaine, en permettant au testateur de transmettre son patrimoine d'une manière indéfinie, de degré en degré, de génération en génération, engendrait de graves inconvénients absolument incompatibles avec les idées et les progrès de la civilisation moderne. Le système qui prévaut de nos jours réclame la division des grandes propriétés ; l'égalité des droits entre les copartageants étant admise par la loi, sauf l'exception qui permet de disposer d'une certaine quotité de sa fortune, il était juste que chacun pût, par son travail et son intelligence, améliorer sa situation. Voilà pourquoi le maintien des grands domaines dans une même famille et pour un temps indéfini n'était plus possible. Le moment était venu de circonscrire

Digitized by Google

le droit pour le testateur de faire des dispositions qui pussent enchaîner la volonté du gratifié, et l'empêcher de transmettre à son gré, les libéralités dont il aurait été l'objet.

3. L'ordonnance de 1747 dont le commentaire, fait par Furgole, fournit à ce grand jurisconsulte l'occasion de montrer la vaste étendue de sa science, l'ordonnance de 1747, disons-nous, commença par battre en brèche le droit romain dans ce qu'il avait de trop absolu. Par son article 30, elle corrigea, en partie, les abus par nous déjà signalés, et limita le droit de substitution à deux degrés, outre le donataire, l'héritier institué ou le légataire qui, le premier, aurait recueilli les biens du donateur ou testateur.

Mais ce régime était encore trop fortement empreint de l'esprit des institutions féodales pour trouver grâce devant les pouvoirs issus de la révolution. Sans parler des diverses phases qu'eut à subir cette partie de notre législation, si justement appelée intermédiaire, pendant la période qui commence en 1789 et finit en 1804, arrivons au Code civil.

4. L'article 896 porte : « Les substitutions sont prohibées. « Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier insti- « tué ou le légataire, sera chargé de conserver et de rendre à « un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'hé- « ritier ou du légataire. »

Ainsi, d'après le Code, tout est nul, la libéralité au profit du grevé, aussi bien que celle au profit de l'appelé.

C'est parce que les substitutions sont contraires à la prospérité de l'agriculture, de l'industrie et du commerce, à l'ordre de succéder, à une sage organisation des familles, à l'ordre politique et constitutionnel, que le législateur moderne devait n'en pas tolérer plus longtemps l'existence. Aussi bien, dans l'exposé des motifs qui précéda la discussion de notre article, M. Bigot-Préameneu, frappé de l'intérêt qu'avait chaque grevé à éluder tous les genres d'amélioration, puisqu'en définitive c'est à un tiers qu'ils auraient profité, s'exprimait ainsi : « Les efforts du grevé tendent à « multiplier et à anticiper les produits qu'il pourra retirer « des biens substitués, au préjudice de ceux qui seront ap- « pelés après lui, et qui chercheront, à leur tour, une in- « demnité dans de nouvelles dégradations. »

5. Le législateur du Code civil, tout en sapant dans sa base

Digitized by Google

l'ancienne règle des substitutions fidéicommissaires, devait pourtant faire une exception en faveur des petits-enfants du testateur ou des enfants de ses frères ou sœurs. C'est ce qu'il a eu soin de préciser en édictant les articles 1048, 1049 et 1050.

Article 1048. « Les biens dont les père et mère ont la fa-
« culté de disposer pourront être par eux donnés, en tout ou
« en partie, à un ou plusieurs de leurs enfants, par actes
« entre-vifs ou testamentaires, avec la charge de rendre ces
« biens aux enfants nés ou à naître au premier degré seule-
« ment desdits donataires. »

Article 1049. « Sera valable, en cas de mort sans enfants, la
« disposition que le défunt aura faite par acte entre-vifs ou
« testamentaire, au profit d'un ou plusieurs de ses frères ou
« sœurs, de tout ou partie des biens qui ne sont point réser-
« vés par la loi dans sa succession, avec la charge de rendre
« ces biens aux enfants nés et à naître, au premier degré
« seulement, desdits frères ou sœurs donataires. »

Article 1050. « Les dispositions permises par les deux ar-
« ticles précédents ne seront valables qu'autant que la charge
« de restitution sera au profit de tous les enfants nés et à
« naître du grevé, sans exception ni préférence d'âge ou de
« sexe. »

6. La charge de conserver et de rendre constitue le signe caractéristique auquel on reconnaît les substitutions prohibées; mais le trait qui domine par-dessus tout, et qu'il ne faut pas un instant perdre de vue, c'est l'ordre successif dans lequel doivent être appelés le premier institué et le second. C'est à cette marque spécialement que le préambule de l'ordonnance de 1747 signalait les substitutions « comme for-
« mant un nouveau genre de succession, où la volonté de
« l'homme prenait la place de la loi. »

7. Pour qu'il y ait substitution, il faut que le grevé soit lui-même *gratifié*. Car si le testateur ne l'avait choisi que pour exécuter ses volontés, sans qu'il pût profiter du legs, *duntaxat ut ministrum elegit*, disait la loi 17, f. f., *De leg.*, 2°, la disposition serait valable par la raison que, dans cette hypothèse, la propriété n'aurait pas reposé un moment sur la tête du grevé.

Si, comme nous venons de le voir, il faut qu'il y ait une

Digitized by Google

libéralité au profit du grevé, il est également indispensable que cette libéralité existe au profit du substitué. L'absence de cette dernière exclurait toute idée de substitution ; aussi a-t-il été jugé que la disposition par laquelle un testateur défend à son héritier de laisser tout ou partie des biens dépendant de sa succession à une personne indiquée, ne renferme pas une substitution *fidéicommissaire* tacite en faveur des héritiers *ab intestat*, soit du testateur, soit de son héritier institué.

La raison en est qu'une disposition de cette nature n'implique pas la charge de conserver et de rendre et laisse au légataire toute faculté de disposer comme il l'entendra, à l'exception seulement de la personne désignée dans l'acte comme devant être exclue.

8. Pour caractériser une substitution, il n'est point de locution ou formule sacramentelle, il suffit que la volonté de substituer soit clairement énoncée; mentionnons toutefois que les paroles du disposant, quelles qu'elles soient, doivent réunir certains caractères manifestant la volonté de substituer. Il faut : 1° que les termes soient *dispositifs* et *obligatoires ;* 2° qu'ils emportent l'*ordre successif;* 3° que l'époque fixée pour la restitution soit celle du *décès* du grevé.

9. Les termes doivent être *obligatoires,* c'est-à-dire imposer une obligation véritable au grevé et à ses héritiers. Par contre, il est nécessaire que les expressions du testament soient telles que le substitué y trouve les éléments d'une action ayant pour objet de contraindre ces derniers à lui délivrer des biens qu'ils voudraient retenir injustement.

Comme conséquence de ce qui précède, il faut dire qu'il n'y aurait pas substitution dans le cas où le testateur, après avoir institué son héritier, manifesterait le désir, *sous forme de prière*, que celui-ci transmît les biens légués à une tierce personne qu'il désignerait et qui viendrait les recueillir après le décès du premier gratifié.

La Cour de cassation a fait de ce principe une application remarquable. Elle a jugé, le 11 juin 1860, que la substitution impliquait l'interdiction absolue d'aliéner imposée, *en termes impératifs*, par le disposant ; d'où la conséquence que la clause par laquelle le testateur exprimait le *simple désir* que le légataire conservât les biens légués pour les rendre à un tiers ne

Digitized by Google

renfermait pas une substitution, et ne tombait pas, dès lors, sous le coup de l'article 896 du Code civil [1].

Le même arrêt décide encore que l'existence d'une substitution ne résulte pas davantage de la clause, même conçue en termes impératifs, qui défend à la personne à laquelle le testateur a exprimé le désir que les biens légués fussent transmis, d'aliéner elle-même ces biens, une telle interdiction n'étant pas obligatoire du moment où la transmission devait s'opérer en vertu, non du testament qui la renfermait, mais de la libre volonté du légataire.

Ce que nous venons de dire de la *prière* de rendre s'applique également au *conseil*. Ainsi il n'y aurait pas substitution prohibée dans la disposition par laquelle le testateur exprimerait simplement le vœu que son légataire transmît, à son tour, les biens légués à une personne désignée.

10. Dans l'ancien droit il y avait la substitution dite *de residuo, vel de eo quod supererit*. « J'institue Pierre et le charge « de rendre à Paul ce qui, à son décès, lui restera de mes « biens. »

Cette manière de substituer ne tombe pas sous la prohibition de l'article 896 du Code civil. Elle ne renferme pas une disposition par laquelle le légataire soit chargé de conserver et de rendre. Or c'est par ce trait que l'article 896 caractérise les substitutions qu'il prohibe. Il y a bien *charge de rendre* dans l'hypothèse que nous examinons; mais il n'y a pas *charge de conserver*, et comme notre Code exige le concours des deux conditions (conserver et rendre), on doit en conclure que les caractères que le législateur proscrit ne se rencontrent pas et que, par suite, il n'y a pas substitution prohibée.

Il ne faut pas méconnaître toutefois que la jurisprudence n'a pas résolu notre question d'une manière uniforme et que plusieurs arrêts ont décidé qu'une libéralité faite dans les conditions que nous examinons renfermait une substitution prohibée; mais, quant à nous, nos préférences sont pour la validité du legs.

11. Quand il examine des questions qui, dans cet ordre d'idées, sont soumises à son appréciation, le juge doit sans cesse avoir présente à l'esprit la règle d'après laquelle là où

[1] Dalloz, 60, 1, 447.

Digitized by Google

pourra se supposer une substitution vulgaire, il devra rejeter l'hypothèse d'une substitution fidéicommissaire. Ainsi le veut l'article 1157 du Code civil, d'après lequel, lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui que lui fait produire un effet que dans celui avec lequel elle n'eu pourrait avoir aucun.

La jurisprudence a fait de ce principe de nombreuses applications. Elle a décidé que lorsque le testateur s'est servi d'expressions qui peuvent faire naître des doutes sur la volonté qu'il aurait eue de faire une substitution prohibée, ces doutes doivent être interprétés dans le sens de la validité de la disposition, d'après ce principe que nul ne peut être présumé avoir voulu faire un acte prohibé par la loi, et encore suivant la règle qui veut que les dispositions testamentaires soient entendues dans le sens selon lequel elles peuvent produire leurs effets, plutôt que dans celui où elles resteraient sans valeur.

Un dernier arrêt de la chambre des requêtes, du 4 décembre 1865, a consacré cette jurisprudence et fait prévaloir la maxime : *potius ut valeant quam pereant* [1].

II

12. La Cour d'appel de Nîmes vient de faire de l'article 896 une remarquable application. Avant de terminer cette étude, il nous reste à parler de l'arrêt qu'elle a rendu le 1er avril 1873. Pour bien comprendre et apprécier cette décision, il est nécessaire de préciser, avec quelque détail, les circonstances qui l'ont amenée.

Jules Dombras, propriétaire d'un bien patrimonial appelé le château de Ceyrac, n'avait pour lui succéder que des collatéraux. Le 12 décembre 1849, il écrivait à sa tante : « J'ai « pour mes deux cousins la même affection. Il est seulement « bien certain que celui des deux qui s'établira à Saint-« Hippolyte aura un jour tout ce que j'ai reçu de mon père. « Au reste, en agissant ainsi, je ne ferai que suivre les inten-« tions et la volonté de ce dernier. »

Le 12 août 1857, il fit un premier testament olographe par lequel il institua pour son légataire universel Jules Dombras,

[1] Dalloz, 66, 1, 38.

Digitized by Google

son filleul et petit-cousin. Il ne voulut pas terminer cet acte de dernière volonté sans exprimer le mobile auquel il avait obéi. « Mes autres parents trouveront, sans doute, que j'ai « fait la part bien belle à mon petit-cousin, et seront étonnés « de ne pas être nommés dans mes dispositions. Voici mes « motifs : *Je tiens à ce que la terre de Ceyrac passe en entier et « reste longtemps, si Dieu le permet, sur la tête d'un Dombras.* « *En faisant des dons particuliers, il eût fallu la morceler.* »

Ce testament est accompagné d'un codicille portant la même date du 12 avril 1857. « Si mon héritier désigné mou- « rait prématurément, mon autre filleul, fils aîné de mon « cousin Alexandre Dombras, serait de droit mon héritier. »

Le testateur, qui était devenu veuf sans enfants, fait, le 14 février 1865, de nouvelles dispositions dans lesquelles il persiste à maintenir l'institution de légataire universel par lui faite en 1857. Seulement il donne une pension viagère de 150 francs à Valérie Coste, « qui est pour beaucoup, dit-il, « dans sa détermination de rester veuf, et à laquelle il porte « le plus vif intérêt. »

Le 15 août 1868, le *de cujus* fait un second codicille ainsi conçu :

« Du vivant de ma sainte femme, il était souvent question « de marier Sidonie Valère avec Jules Dombras, mon hé- « ritier universel. Sidonie, à laquelle j'ai donné le baiser « d'adoption, remplace ma petite Laure. Je lègue à Sidonie « 100,000 francs. Si son mariage n'avait pas lieu avec Jules, « ce dernier serait tenu de lui compter cette somme. »

Le crédit de Valérie Coste auprès de Jules Dombras *de cujus* s'était accru dans des proportions considérables. Si les libéralités dont elle était l'objet en 1865 ne dépassaient pas 150 francs de pension viagère, elles atteignirent bientôt après le chiffre de 20,000 francs. Ce n'est pas tout : en 1869, Jules Dombras l'épousa, et comme il se rendait compte de l'étonnement que causerait parmi les membres de sa famille cette détermination, il prit soin d'écrire à Alexandre, l'un de ses cousins : *Rien ne sera changé. Les choses resteront telles « qu'elles sont ;* » il n'y aura dans Ceyrac qu'une personne « de plus. »

Le mariage de Sidonie Valère avec Jules Dombras n'ayant pu se réaliser, si ardent que fût le désir du testateur de le

Digitized by Google

voir s'accomplir, celle-ci épousa, en 1871, un sieur Triaire. Son bienfaiteur lui donna, par contrat de mariage les 100,000 francs qu'il lui avait légués dans ses testaments antérieurs.

Enfin Jules Dombras *de cujus* fit, à la dale du 1er février 1872, un dernier testament. C'est lui qui fait l'objet de notre étude et qui a motivé l'arrêt que nous allons reproduire dans un instant.

Dans cet acte de dernière volonté le testateur s'exprime ainsi : « J'institue pour légataire universelle Valérie Coste, « ma chère femme, en témoignage de l'affection que j'ai « pour elle et dont elle s'est rendue digne. *Je désire* qu'elle « institue Jules Dombras, mon petit-cousin, pour hériter des « biens que je viens de léguer à madite femme, *sans cependant en faire à cette dernière une obligation.* ELLE EST LIBRE « DE NOMMER POUR SON HÉRITIER JOSEPH DOMBRAS, FILS DE MON « COUSIN ALEXANDRE, OU BIEN SIDONIE TRIAIRE, MA FILLE ADOPTIVE. J'annule tous précédents testaments. »

Telles sont les dernières dispositions de Jules Dombras, qui a cessé de vivre le 16 juillet 1872.

Les héritiers légitimes du défunt ont demandé contre sa veuve la nullité de ce testament, en se fondant sur ce qu'il contenait une substitution prohibée.

La Cour de Nîmes, saisie après le tribunal de Vigan de cette question, a, comme lui, trouvé tous les caractères d'une substitution prohibée et prononcé en conséquence la nullité qui lui était demandée.

Voici son arrêt :

« Attendu que si le testateur s'était borné à exprimer le « désir que sa légataire universelle transmît les biens objet « du legs à Jules Dombras, l'expression de ce désir ne « suffirait point pour communiquer à la disposition le caractère d'une substitution ; mais que, pour bien comprendre « toute sa volonté et s'en rendre compte, il ne faut pas séparer cette première partie de la disposition de celle qui « suit, par laquelle il laisse sa légataire libre de nommer « pour son héritier Joseph Dombras ou Sidonie Triaire ;

« Qu'évidemment cette disposition serait inutile et n'aurait aucun sens si elle signifiait seulement que Valérie « Coste aura la faculté de se choisir pour héritier l'une de

Digitized by Google

« ces deux personnes; que, pour lui donner un sens, il faut « admettre que le testateur a voulu limiter le droit de dis- « position de sa légataire aux trois personnes qu'il désigne, « en exprimant toutefois un désir de préférence en faveur « de Jules Dombras;

« Qu'en effet, s'il ne lui accorde la liberté de disposer en « dehors de Jules qu'en faveur de Joseph et de Sidonie, c'est « qu'il veut qu'elle transmette les biens dont s'agit à l'une de « ces trois personnes seulement et non à d'autres;

« Attendu qu'il est manifeste que le désir exprimé au sujet « de Jules porte, non sur l'acte de transmission, mais sur le « choix à faire entre les trois personnes entre lesquelles doit se « mouvoir la liberté de disposer de la légataire universelle;

« Que la pensée du testateur doit se traduire ainsi : Vous « instituerez pour héritier des biens que je vous laisse « Jules, Joseph ou Sidonie; mais je désire, sans vous en faire « une obligation, que vous choisissiez Jules;

« Attendu que cette interprétation de la volonté du dis- « posant est confirmée par les témoignages écrits qu'il en a « laissés; qu'en effet, si l'on suit la série de ses testaments, « de 1857 à 1870, on voit que dès l'année 1857, alors que « vivait encore sa première femme, pour laquelle il profes- « sait autant d'attachement que de respect, il instituait Jules « Dombras, fils de Charles, son légataire universel, et expli- « quait cette disposition au profit d'un seul de ses parents, en « déclarant dans son testament du 12 août 1857 qu'il tenait « à ce que la terre de Ceyrac passât en entier et restât long- « temps sur la tête d'un Dombras;

« Qu'au cas de prédécès de Jules, fils de Charles, il insti- « tuait Jules, fils d'Alexandre;

« Attendu que son second mariage avec Valérie Coste n'a- « vait rien changé à ses intentions, ce qu'il exprimait en ces « termes dans une lettre écrite le 10 mars 1869 à son cousin « Alexandre : « Les choses resteront ce qu'elles sont; il y « aura seulement dans Ceyrac une personne de plus; »

« Qu'on voit, en effet, cette intention persister après son « mariage, qui eut lieu le 20 mars 1869, et se traduire dans « les testaments des 20 novembre 1869 et 20 septembre 1870, « dans lesquels Jules Dombras ou, à son défaut, Sidonie Va- « lère sont désignés ses héritiers;

Digitized by Google

« Que s'il augmente dans ces actes les libéralités qu'il avait « faites à sa femme dans son contrat de mariage, il explique « néanmoins avec netteté qu'il entend que la propriété du « domaine de Ceyrac reste dans sa famille ;

« Attendu que dans son testament du 1er février 1872, en « substituant un legs de propriété à un legs de jouissance, le « *de cujus* n'a pas eu d'autre but que de mettre sa femme, « ainsi qu'il le dit, à l'abri des tracasseries auxquelles elle « aurait été exposée dans l'administration et la jouissance « des biens légués ;

« Que le même sentiment l'a porté à étendre sa liberté de « disposer à trois parents, pour qu'elle trouvât dans sa fa- « mille plus de personnes intéressées à la respecter ; mais « que le soin que prend le testateur de désigner pour héri- « tiers ces trois personnes, après sa femme, suivant le choix « qu'elle fera, témoigne de la persistance des sentiments ex- « primés dans chacun des testaments qu'il a écrits depuis « 1857 ;

« Attendu que telle étant la volonté du testateur exprimée « dans l'acte de dernière volonté du 1er février 1872, il n'y a « plus qu'à rechercher si cet acte contient une substitution « prohibée ;

« Attendu qu'on y retrouve tous les caractères de la « substitution prohibée par l'article 896 du Code civil ; « qu'en effet, il contient une double disposition, la pre- « mière au profit de Valérie Coste, l'autre, en second ordre, « en faveur de trois personnes nommément désignées avec « faculté pour la légataire universelle de choisir l'une « d'elles ;

« Attendu que la loi n'exige pas que le tiers auquel le « grevé est chargé de rendre soit individuellement désigné « par le disposant lui-même, pourvu qu'il ne puisse y avoir « aucune incertitude sur la personne qu'il a voulu gratifier en « second ordre ;

« Attendu que dans l'espèce trois personnes sont appelées « par le testateur à recueillir, après le décès de Valérie « Coste, les biens qui lui sont légués ; que sa volonté est que « ces biens arrivent à l'une des trois, celle qui sera élue, de « telle sorte que si la légataire universelle n'usait point de « la faculté qui lui est conférée, comme le disposant ne veut

Digitized by Google

« pas que ses biens aillent à d'autres, les trois personnes dé-
« signées y auraient un droit égal;

« Attendu que la charge de conserver et de rendre aux
« tiers les biens, objet de la disposition, se trouve contenue
« dans la clause du testament par laquelle la liberté de Va-
« lérie Coste est limitée à trois personnes, en dehors des-
« quelles elle ne peut rendre les biens à aucun autre;

« Attendu que l'obligation de rendre qui lui est imposée
« portant sur les biens à elle légués implique celle de les
« conserver, comment pourrait-elle instituer héritières des-
« dits biens l'une de ces trois personnes, si elle ne les avait
« conservés?

« Attendu, il est vrai, que le testateur s'est servi pour ex-
« primer sa volonté que les biens arrivent, après décès de
« Valérie Coste, à l'une des trois personnes désignées tantôt
« de ces mots : « Instituer pour héritiers des biens que je
« viens de léguer, » tantôt de ceux-ci : « Nommer pour son
« héritier, » mais qu'évidemment il faut prendre cette der-
« nière expression au sens qu'a voulu lui donner Jules Dom-
« bras, à qui on ne peut supposer la pensée d'avoir voulu im-
« poser à sa femme l'obligation de transmettre sa propre
« succession à Joseph ou Sidonie, quand, au regard de
« Jules, son préféré, il voulait seulement qu'elle rendît les
« biens qu'il venait de lui léguer;

« Qu'il n'y a donc pas lieu de faire à la cause l'application
« de l'article 900 du Code civil, l'obligation de rendre por-
« tant, non sur les biens propres de Valérie Coste, formant son
« patrimoine, mais sur ceux qui composaient le legs uni-
« versel;

« Attendu qu'on objecte vainement que le testateur n'a
« pas voulu imposer à son héritière l'obligation de conserver
« les biens légués, parce qu'ils étaient grevés d'une dette
« hypothécaire de 100,000 francs; que cette circonstance
« ne fait point obstacle à la substitution, l'existence d'une
« dette même hypothécaire n'impliquant pas nécessairement
« l'aliénation des biens du vivant du grevé; que rien ne
« prouve qu'il n'y ait pas dans la succession de quoi faire
« face à cette dette, au moins en partie;

« Qu'il est même à remarquer que la créancière de cette
« somme est l'une des trois personnes sur qui peut se porter

Digitized by Google

« le choix de Valérie Coste et que le testateur paraît sup-
« poser, dans son testament du 20 septembre 1870, que jus-
« qu'à la mort de la légataire universelle elle n'exigera que
« les intérêts annuels auxquels les revenus des biens qui
« dépassent 11,000 francs permettront largement de pour-
« voir ;

« Par ces motifs, la Cour annule en son entier, par appli-
« cation de l'article 896 du Code civil, le testament de Jules
« Dombras. »

Nous n'avons pas un mot à ajouter. Si dans l'exposé qui précède l'arrêt, nous avons essayé de mettre en lumière la pensée du *de cujus*, en retraçant ses diverses dispositions, on comprend aisément l'utilité de cette analyse. Il est de doctrine, en effet, que le testament attaqué doit porter avec lui la preuve du fidéicommis, mais il est non moins certain que le juge a le droit et le devoir de dégager la pensée du testateur, en interrogeant les faits antérieurs et particulièrement la manifestation de sa volonté telle qu'elle s'est produite dans les précédentes dispositions.

Cette règle d'interprétation est, en quelque sorte, le fil conducteur qui dirige le magistrat à travers les obscurités dont se trouve enveloppée la matière des substitutions.

PARADAN.

DE LA CAPACITÉ JURIDIQUE DES FABRIQUES

ET AUTRES ÉTABLISSEMENTS ECCLÉSIASTIQUES POUR ACCEPTER DES LIBÉRALITÉS FAITES EN VUE DE FONDATIONS D'ÉCOLE OU DE SECOURS AUX MALADES ET INDIGENTS.

(Avis du Conseil d'État des 12 avril 1837, 4 mars 1841, 30 octobre 1863, 6 mars et 30 juillet 1873.)

Par M. Migneret, ancien conseiller d'État.

Le Conseil d'État vient de prendre deux résolutions contraires à la jurisprudence adoptée, dans ces dernières années, en ce qui concerne la capacité légale des fabriques et établissements ecclésiastiques, en matière de libéralités destinées, soit à secourir les indigents, soit à fonder des écoles. L'importance pratique de ces décisions est évidente, leur

Digitized by Google

importance théorique ne l'est pas moins et justifie l'examen critique de la doctrine qu'elle consacre.

C'est dans le texte des articles 920 et 937 du Code civil que se trouve le siége de la difficulté; jamais le législateur n'a manifesté l'intention de modifier ces textes, et pourtant leur interprétation et leur mode d'application ont donné lieu à des faits dont l'exposé pourrait, à bon droit, être appelé l'histoire des *variations administratives*.

L'article 920, placé sous la rubrique — De la capacité de disposer ou de recevoir par donation entre-vifs ou par testament — porte : *Les dispositions entre-vifs ou par par testament, au profit des hospices, des pauvres d'une commune ou d'établissements d'utilité publique n'auront leur effet qu'autant qu'elles seront autorisées par une ordonnance royale.*

L'article 937 est placé sous la rubrique — De la forme des donations entre-vifs — et se réfère à la disposition de l'article 952, portant : « *La donation n'engagera le donateur et ne produira effet que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès;* » il est ainsi conçu : *Les donations au profit d'hospices, de pauvres d'une commune ou d'établissements d'utilité publique seront acceptées par les administrateurs de ces communes ou d'établissements après y avoir été dûment autorisés.*

Pour quiconque veut lire ces textes dans leur sens clair et apparent, la législation a conféré aux hospices, aux pauvres et autres établissements publics, la capacité pleine et entière d'accepter par donation ou par testament. La loi du 2 janvier 1817, dans les mêmes termes et avec un sens qui semble plus absolu, dispose : 1° *que tout établissement ecclésiastique reconnu par la loi peut accepter avec autorisation du roi tous les biens meubles, immeubles ou rentes qui lui seront donnés par actes entre-vifs ou par actes de dernière volonté;* 2° *que tout établissement ecclésiastique reconnu par la loi peut également, avec l'autorisation du roi, acquérir des biens immeubles ou des rentes.*

Cette capacité est toutefois, dans son exercice, subordonnée à l'autorisation du gouvernement tout comme la donation faite à un mineur, quoique celui-ci soit capable de recevoir, est subordonnée à l'autorisation du conseil de famille (art. 463 et 938). La loi n'a aucunement limité à certains objets ou à certaines destinations la capacité du donataire; cette appréciation ne comportait pas l'intervention utile et

Digitized by Google

pratique du législateur ; c'est au tuteur ou au gouvernement qu'il délègue le soin d'apprécier le caractère et l'utilité de la libéralité. On n'avait pas à limiter une capacité juridique dont il ne peut être fait usage que sous l'œil d'une tutelle vigilante et éclairée. Telle nous paraît la théorie des articles 910 et 937 et de la loi de 1817, et si l'on n'eût pas cherché à s'en éloigner pour justifier des résistances et des décisions qui n'osaient se formuler franchement, on se fût épargné bien des hésitations et bien des subtilités.

Mais, sous l'influence d'idées que le milieu d'où elles émanent modifie sans cesse, l'administration chercha un point d'appui pour son action ailleurs que dans l'exercice du pouvoir qui lui était confié, et, pour diminuer la responsabilité de ses décisions, elle voulut remonter jusqu'à la loi elle-même et l'en rendre solidaire.

On prétendit alors que la capacité des hospices, des pauvres et surtout celle des établissements d'utilité publique n'est pas générale, que chaque établissement ayant un but, une destination définis et un caractère spécial, en vertu desquels il est reconnu et élevé à la personnalité civile, c'est dans la limite de ce caractère et de cette destination qu'il faut restreindre sa capacité juridique et qu'ainsi, pour nous renfermer dans l'espèce examinée tout récemment par le Conseil d'État, la capacité d'une fabrique est limitée à ce qui concerne l'entretien et la conservation des temples, les frais du culte et l'administration des aumônes conformément aux lois du 18 germinal an X (8 avril 1802) et au décret du 30 décembre 1809 [1].

On ajoutait qu'en dehors de ces attributions, elles sont sans capacité pour tout ce qui concerne les écoles, le soin des malades, le soulagement des indigents; qu'en conséquence les legs et donations à elle faits en vue d'une semblable destination tombent sous le coup de l'article 911 comme faits à un incapable et ne peuvent être autorisés.

[1] Avis du Conseil d'État du 12 avril 1837 : « Considérant que les fabriques n'ont été reconnues comme établissements publics et autorisées à recevoir et posséder que dans l'intérêt de la célébration du culte et dans les limites des services qui leur sont confiés à cet égard ; que les fabriques ne peuvent, en dehors de ces limites, invoquer une qualité d'établissements publics pour

Digitized by Google

Cette théorie, dont nous essayerons de démontrer l'erreur en tant qu'elle s'appuie sur la loi et la prétendue incapacité des personnes civiles, se présentait avec un caractère plus spécieux comme exercice du droit d'autorisation. On conçoit qu'à un certain point de vue, dans un gouvernement soigneusement réglementé, où la loi et l'administration départissent à chacun sa part exacte de liberté et de devoir, l'autorité maintienne chaque corps dans ses attributions propres et bien appréciées et regarde comme utile de n'*autoriser* chacun qu'à faire ce pour quoi il tient une place dans cet ensemble : aux fabriques *le culte*, aux hospices et bureaux de bienfaisance *les pauvres*, à l'Université les *écoles;* c'est correct, symétrique, c'est l'idéal de l'arrangement légal. Malheureusement, outre les difficultés de bien poser la limite entre des choses et des institutions morales qui ne se mesurent pas géométriquement, on s'aperçut que le vide se faisait dans ces cellules si bien disposées. La règle s'impose, on ne commande pas la confiance. La plus grande partie des donateurs sont mus par la charité religieuse et leur désir est que les institutions religieuses exécutent leurs volontés; en les gênant à cet égard, on éloignait le don, et le règlement tuait l'œuvre.

Alors on se remit à songer, à interpréter, à chercher dans un esprit plus bienveillant les moyens de tourner le principe si malheureusement posé; on entra en plein dans le système du préteur romain et l'interprétation fit la loi. Ce fut le résultat de la discussion qui précéda un nouvel avis du

recevoir des donations à l'effet d'établir des écoles ou former toutes autres entreprises étrangères à leurs attributions, etc., etc. »

On peut se rendre compte des conséquences que renfermait cet avis par le passage suivant d'un auteur qui avait alors un caractère officiel, M. Durieu, chef de la section du bureau de bienfaisance au ministère de l'intérieur :

« Ainsi le testateur ne peut charger que le bureau de bienfaisance, l'hospice ou la commune de la distribution d'un legs fait aux pauvres, et la disposition par laquelle il en chargerait un autre établissement public étant contraire aux lois serait réputée non écrite. » (*Répertoire de l'administration et de la comptabilité des établissements de bienfaisance*, v° LIBÉRALITÉS, p. 389.)

En d'autres termes, on prendrait les legs et, contrairement à la volonté du testateur, on en transporterait le bénéfice au bureau de bienfaisance.

Digitized by Google

Conseil d'État du 4 mars 1841. Il est assez curieux de suivre la discussion et le chemin parcouru.

L'avis de 1837 ne fut pas formellement abandonné, et l'on se fit cette question subtile : « *Comment faut-il régler l'autorisation lorsqu'une libéralité est faite à un établissement capable de recevoir sous condition d'une fondation ou d'un service qui sont dans les attributions d'un autre établissement également capable de recevoir : par exemple si une libéralité est faite à condition de fonder une école gratuite, fondation qui rentre dans les attributions de l'autorité communale ?* »

C'était si subtil que c'était peu clair, et la solution n'eut pas le mérite de faire cesser la difficulté. On décida : 1° que l'établissement légataire n'étant pas légalement appelé au service indiqué ne pouvait être autorisé à accepter et à exécuter seul le legs ; 2° que l'établissement dans le service duquel rentrait le service fondé était par cela seul, et bien que le testateur n'y eût pas songé, investi d'un droit au bénéfice du legs ; 3° qu'en conséquence les deux établissements, celui nommé et celui qui ne l'était pas, adopteraient conformément, l'un le legs, l'autre *le bénéfice* du don.

On n'avait oublié qu'un point, et il était grave. Sur qui reposait réellement la propriété ? Les deux établissements devenaient-ils copropriétaires ? Quelles étaient les conséquences de cette copropriété ? Il fallut y songer, et en 1846 nouvel avis [1] portant que le système de l'*acceptation conjointe* avait été adopté, parce qu'il avait paru convenable de faire surveiller, par le représentant légal *des intéressés*, l'emploi d'une libéralité qui leur était destinée, mais qu'on n'avait pas entendu transporter au bureau de bienfaisance, par exemple, même pour partie, les droits de propriété qui résultent pour le légataire des dispositions du testament.

Pendant onze ans cette jurisprudence prévalut, mais en 1863, à propos des écoles et sous des préoccupations dont il est inutile de rechercher les causes, le ministère de l'instruction publique souleva des difficultés.

Dans toute science, et principalement dans les sciences morales, les subtilités sont a crainde, à raison surtout de leur fécondité. Elles s'engendrent, se multiplient, et les meilleurs

[1] 30 décembre 1846.

Digitized by Google

esprits sont les plus sujets à s'égarer au milieu d'elles. Le Conseil d'État, une fois engagé dans la voie des distinctions, fut conduit à émettre, en 1863 et 1866, des avis où les subtilités de 1841 se perfectionnèrent et s'embrouillèrent. On distingua les legs à des *établissements ecclésiastiques* des legs faits à des *établissements religieux enseignants;* les premiers sont frappés de l'incapacité du légataire, les seconds peuvent être autorisés, mais avec des distinctions nouvelles.

Si les établissements ecclésiastiques (fabriques, évêchés, etc.) sont incapables de recevoir des legs destinés à la fondation d'écoles ou des secours aux pauvres, la conséquence logique eût été le refus, comme en 1837; mais on imagina d'appeler un établissement *capable*, de l'accoler à l'*incapable*, et d'autoriser ces deux jumeaux à accepter ensemble ce don que l'un n'a pas qualité pour recevoir et qui n'a pas été légué à l'autre. De plus, la propriété sera *immatriculée* au nom des deux, et celui qui gardera le titre, ce n'est pas le légataire, c'est celui à qui le testateur n'a pas songé.

Heureusement cet échafaudage n'a jamais réuni l'unanimité des suffrages dans le conseil, et si les dissidents renonçaient, pour chaque espèce, à renouveler des discussions closes par des avis solennels, ils protestaient dans la pratique, et le conseil lui-même, plus libéral en fait qu'en théorie, n'appliquait pas toujours le principe de ses avis. (11 janvier 1867, fabrique de Saint-Georges-les-Bains (Ardèche); 3 août 1867, Orgsenville (Eure-et-Loir), etc., etc.)

Enfin, dans ses deux récents avis, le Conseil a mis de côté toutes ces distinctions, et il reconnaît aux établissements ecclésiastiques ou religieux la capacité civile de recevoir des dons et legs destinés soit aux écoles, soit au soulagement des pauvres.

De toutes ces appréciations à laquelle faut-il se rattacher comme reposant sur la base solide de la loi et de la bonne administration?

Nous l'avons déjà indiqué : l'article 910 et la loi de 1817 donnent lieu, chaque fois qu'une donation est faite à un établissement public ou religieux, à une double question : la *capacité civile* de l'établissement, l'*opportunité d'autoriser* l'acceptation.

La capacité constitue une question de droit commun dont

Digitized by Google

l'appréciation sort de la compétence administrative, et la première comme la plus grave erreur de ces discussions est d'avoir voulu la résoudre par un avis du Conseil; la seconde, c'est de l'avoir mal résolue et de s'exposer ainsi tout à la fois au reproche d'incompétence et de mal jugé.

La loi, en créant ou reconnaissant des personnes civiles, leur a conféré, en termes dont on ne peut nier la généralité, le droit d'acquérir et de vendre, de posséder, d'accepter des legs et des donations. Ce droit constitue une capacité absolue et non relative, par une double raison : la première est que le législateur n'a indiqué aucune restriction à cette capacité, la seconde est qu'il ne le pouvait pas sans porter atteinte au principe de la propriété et sans nuire au commerce.

Qu'il n'y ait, dans le texte, aucune restriction à la capacité civile, c'est ce que tout le monde peut vérifier par une simple lecture et c'est ce que confirme le rapprochement des articles 247 (femme mariée), 463 (mineur) et 920 (établissements publics). Ces trois textes sont identiques, ils ne créent pas une capacité *relative*, restreinte quant à la nature des biens ou quant à l'usage qu'on en peut faire; ils subordonnent simplement l'*usage* de cette capacité à une autorisation. Cette autorisation ne confère pas la capacité, elle en règle seulement l'exercice. Lorsqu'elle est donnée, la femme mariée, le mineur, l'établissement sont dans le plein exercice de leurs droits; et dès lors on peut contracter en toute sécurité avec eux au moyen d'une simple vérification matérielle. C'est en se fondant sur cette généralité de la loi que la Cour de cassation a refusé de restreindre la capacité des consistoires, *aucune disposition de ce genre n'étant défendue par un texte* (arrêt Haussmann, 18 mai 1852).

Il n'en est pas moins évident que le législateur, en conférant aux personnes civiles le *jus commercii*, ne pouvait le restreindre soit quant à la nature, soit quant au but de l'acquisition, soit quant à l'usage qui serait fait de l'objet donné. Une semblable restriction eût laissé en suspens l'acquisition elle-même et enlevé toute solidité à la propriété de ces établissements. Outre la difficulté que nous examinerons tout à l'heure de limiter exactement les attributions d'une institution morale, de fixer le point où elle y entre et celui par le-

Digitized by Google

quel elle en sort, on ne pourrait empêcher un héritier mécontent de venir à tort ou à raison, et à quelque époque que ce soit, contester la capacité de l'établissement et, par conséquent, le droit de propriété eu égard à l'usage fait de l'objet donné, usage qui serait contraire aux attributions légales de cet établissement. Personne n'eût pu contracter avec sécurité puisque l'appréciation de ces attributions est susceptible de varier et que telle chose qui paraît naturelle à une opinion et dans un temps, semble une extension abusive à un autre temps et à une opinion différente. Un législateur prudent ne livre pas le droit de propriété aux hasards de semblables controverses. Il donne ou refuse un droit, mais une fois conféré, il le reconnaît dans toute son étendue et dans son caractère absolu. C'est pour cela que les auteurs du Code civil, sachant très-bien quelles conséquences résultaient de la capacité conférée aux établissements publics pour acquérir par voie de donation, ont limité, non ce *droit*, mais son *exercice*, et prévenu le mal qu'ils pouvaient prévoir par une mesure préalable d'autorisation.

Les tribunaux n'ont pas partagé l'erreur des avis du 12 avril 1837 et du 10 juin 1863, et c'est dès lors, en doctrine comme en jurisprudence, un point qui nous semble définitivement acquis.

Il ne reste donc plus en présence que la capacité incontestable des établissements et le droit d'autorisation.

Quel usage l'administration fera-t-elle de son pouvoir?

Sans aucun doute, elle peut, comme en 1837, décider qu'il est inopportun d'autoriser un établissement ecclésiastique à accepter un don pour fonder une école ou pour secourir les indigents. Ce droit, elle peut en user, sauf responsabilité devant l'opinion. Mais si elle n'en use pas d'une manière absolue, peut-elle, comme on l'a fait, modifier la libéralité, accorder l'autorisation sous des conditions qui associent à l'exécution un tiers dont le donateur n'a point parlé, que peut-être même il a voulu exclure? Nous ne l'avons jamais pensé[1] et le Conseil d'État, sauf un reste de timidité dans

[1] Il nous est arrivé bien souvent de prédire que cette jurisprudence administrative viendrait échouer contre la résistance des héritiers et les principes du droit civil. L'événement nous a donné raison, et voici comment le

Digitized by Google

la réforme d'une jurisprudence erronée, le reconnaît maintenant.

Aucune loi ne s'oppose, est-il dit dans l'avis du 6 mars 1873, à ce que les fabriques puissent acquérir seules des libéralités ayant une destination charitable..... Si la loi n'impose, ajoute l'avis du 30 juillet, qu'aux autorités civiles l'obligation de créer et d'entretenir des écoles, aucune disposition n'interdit aux établissements qui représentent les intérêts religieux d'un groupe d'habitants partageant les mêmes croyances, de veiller et, au besoin, de pourvoir à ce que les enfants de ces habitants reçoivent l'instruction.

Cette doctrine est bonne, mais alors pourquoi conserver quelques restes de la mauvaise? pourquoi, si l'établissement religieux a le droit de recevoir à ce titre et d'ouvrir l'école, faire intervenir la commune qui représente d'autres intérêts,

ministre de l'instruction publique et des cultes résume, dans une lettre du 25 avril 1873, les conflits survenus devant les tribunaux :

« Ces prévisions ne tardèrent pas à se réaliser. Dans les départements de l'Isère et de Maine-et-Loire, des héritiers ou exécuteurs testamentaires de testateurs dont les dispositions dernières se trouvaient modifiées par les décrets d'autorisation, se refusèrent à délivrer les legs et demandèrent qu'ils fussent déclarés caducs pour inexécution des conditions sous lesquelles ils étaient faits. Les tribunaux civils et la Cour de Grenoble et d'Agen accueillirent ces conclusions, tout en reconnaissant aux établissements ecclésiastiques la pleine capacité d'accepter et d'exécuter les libéralités qui leur étaient destinées.

« La Cour de Grenoble, dans un arrêt du 5 juillet 1869 (Manuel), reconnaît à un évêque la capacité de fonder et de diriger des écoles, attendu « qu'aucune loi d'ordre public ne prohibe la fondation d'une école, sous la conditions qu'elle sera dirigée par des religieux choisis et surveillés par l'évêque du diocèse...; que la loi du 15 mai 1850 autorise par ses articles 17, 27 et suivants l'établissement d'écoles libres et qu'il suffit de se reporter à la discussion qui précéda le vote pour se convaincre que dans les prévisions du législateur, la plupart de ces écoles libres devaient être placées sous la direction du clergé. »

« Dans son arrêt du 28 mars 1871, relatif à l'exécution du testament du sieur Langottière, qui avait légué à la commune du Vieil-Baugé (Maine-et-Lotre) une maison et un capital pour établir une école, la Cour d'Angers a également reconnu la capacité de la fabrique et lui a donné acte de ce qu'elle était prête à accepter le legs et à exécuter le testament du sieur de Langottière.

« Plusieurs autres instances du même genre étaient pendantes ou à la veille de s'ouvrir en 1870; les héritiers annonçent aujourd'hui l'intention de les reprendre... »

Digitized by Google

répond à un autre ordre d'idées et à laquelle le donataire n a point pensé ou n'a pensé que pour ne point s'adresser à elle?

Sur quoi est fondée cette intervention et cette acceptation du *bénéfice* de la donation?

Sur rien de légal.

Sans aucun doute, la commune représente, à défaut de bureau de bienfaisance, les pauvres lorsqu'*on donne* ou lègue aux pauvres, la loi l'a dit. Mais est-ce que sérieusement on peut soutenir que le donateur a *légué* ou *donné aux pauvres* quand il a donné ou légué à la fabrique? Soutenir, comme nous l'avons souvent entendu dire, qu'une libéralité faite à un établissement religieux pour secourir les indigents ou instruire les enfants est un legs *indirect aux pauvres* et aux enfants de la commune, est une erreur fondée sur ce qu'on méconnaît le but essentiel des établissements religieux et les sentiments de ceux qui les dotent.

Les trois cultes reconnus par l'État, pour ne m'occuper que de ceux-là, ont un point commun, c'est l'élévation du cœur de l'homme par la religion, et toutes trois admettent, soit d'après la loi ancienne, soit d'après la loi nouvelle, que cette culture de l'âme ne s'obtient que par la triple action de l'enseignement, de la charité et du culte ou hommage public rendu à Dieu. Par conséquent, cette triple action impose un triple devoir aux ministres et un triple but aux institutions de ces cultes; nous ne connaissons pas une époque historique où le temple, l'hospice et l'école n'aient occupé les sectateurs de la loi de Moïse comme les chrétiens. Pour les fidèles donc une libéralité faite dans l'un de ces trois buts est une libéralité faite en vue du service religieux, un *moyen* fourni à l'*exercice* complet de la religion : c'est son Église qu'on dote en vue de services parfaitement connus, on ne lui impose aucune charge, aucun *devoir nouveau;* elle devait déjà secourir les indigents, instruire les ignorants, assurer le culte en le mettant à même de remplir plus spécialement l'un de ces devoirs : c'est le corps entier de l'Église qu'on gratifie; comme on n'a créé aucun devoir nouveau, il n'y a aucun *légataire indirect.*

Le Conseil d'État, en franchissant le cercle un peu étroit des textes, et en approfondissant les faits anciens qu'il rappelle lui-même dans l'un de ses motifs, eut pu élargir la question et

Digitized by Google

justifier son système par des considérations d'un ordre plus élevé et d'une autorité plus grande que ceux tirés du silence de la loi qui permet ce qu'elle n'a pu défendre. C'est dans le caractère de l'établissement lui-même, dans la mission nécessaire de l'institution ecclésiastique qu'il eut trouvé la raison pour laquelle le législateur n'a pu défendre, mais a dû admettre et prévoir que ces établissements sont appelés à distribuer l'aumône et l'enseignement partout où la possibilité leur en est donnée.

On ne donne pas aux pauvres, on ne donne pas à la commune, on pourvoit aux besoins de son culte, et l'on s'en rapporte aux ministres et aux institutions de ce culte pour être servi *suivant sa volonté*. Cela est vrai comme appréciation générale et historique des rapports des fidèles avec leur culte, mais n'est-ce pas aussi vrai comme interprétation de la volonté particulière de chaque donateur, de cette volonté que de toute antiquité le législateur recommande d'interpréter dans le sens des sentiments du mourant? Donner un adjoint plus ou moins surveillant à celui qu'elle a choisi comme dépositaire de ses désirs, lui supposer le dessein de gratifier, non l'institution de son culte, mais des tiers, mais une personne civile qui peut n'en avoir aucun ou les proscrire tous (cela s'est vu), c'est ajouter au testament et non l'exécuter.

Nous ne voudrions pas que notre affirmation sur la triple destination des biens ecclésiastiques parût un simple argument en faveur des fabriques, et nous y insistons parce que l'histoire comme le droit la justifient, et que de ce fait découle la preuve qu'en donnant à un établissement religieux dans l'un de ces buts, on donne bien à cet établissement et non à des tiers indirectement par l'intermédiaire de l'établissement.

Au moment de la réforme, dans les pays où elle a été purement religieuse, et où l'avidité des seigneurs n'a pas détourné à leur profit particulier les biens dont l'administration a été enlevée aux corporations catholiques, une question qui a beaucoup d'analogie avec celle que nous examinons s'est posée. Ces biens, a-t-on dit, ont la religion pour objet, ils doivent conserver leur destination essentielle; et, se croyant le droit d'en disposer, l'autorité civile les affecta, afin que le

Digitized by Google

but fût complétement rempli, aux *hospices*, aux *écoles* et à l'*entretien des temples* [1]. On admettait donc comme une vérité que l'aumône, l'enseignement et le culte sont essentiels à la liberté religieuse.

Si cela est exact, en promettant à la société religieuse son entière liberté, la loi civile a implicitement promis les institutions qui mettent cette liberté en action, et c'est donner à la *religion* que donner à une fabrique pour fonder une école tout aussi bien que donner pour l'entretien de l'église ou l'achat des ornements. Personne assurément n'a songé à faire intervenir la commune pour accepter le bénéfice d'une fondation en faveur d'un service religieux du culte, pourquoi la faire intervenir dans une fondation qui a pour but un service non moins essentiel, non moins obligatoire, qui est l'enseignement ou l'aumône?

Nous convenons que cette intervention, un peu platonique et qui ne donne au maire ni droit de contrôle ni droit d'ingérence, est très-anodine; mais par cela même, nous la désapprouvons davantage. Si ce n'est rien, c'est inutile; si c'est quelque chose vague, non défini, c'est une cause de conflit et c'est dangereux.

Nous ne voulons pas entrer dans l'examen de quelques autres règles que le Conseil propose d'imposer à l'occasion des écoles fondées par les fabriques; cela nous entraînerait hors du cercle purement juridique dans lequel nous voulons nous renfermer.

Il nous suffit d'ailleurs d'avoir fait ressortir tout ce que la nouvelle jurisprudence du Conseil a de conforme aux principes du droit civil et aux principes de la liberté religieuse sainement appréciée.

Désormais les établissements ecclésiastiques des trois cultes reconnus par l'État pourront recevoir directement des libéralités conformes à leur triple devoir, *instruire* les enfants, *secourir* les indigents et *pourvoir* aux besoins du culte, lorsque des libéralités leur seront faites avec cette destination. L'État conserve son droit d'appréciation quant à l'autorisa-

[1] Étudier entre autres exemples l'ensemble des affectations adoptées par la ville de Strasbourg quant aux biens ecclésiastiques, lorsque cette ville embrassa la réforme dans le premier tiers du XVIe siècle.

Digitized by Google

tion, les tribunaux leur compétence quant à la capacité du légataire et quant à la validité du legs; les obscurités disparaissent avec les subtilités qui les entretenaient.

S. MIGNERET.

QUESTIONS SUR LES ORDRES.

DE L'INSCRIPTION D'OFFICE PAR LE PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE ET DE LA SOMMATION DE PRODUIRE AUX INCAPABLES.

(Art. 692 et 753 C. pr. civ.)

Par M. DRAMARD, juge au tribunal civil de Béthune.

En cas d'hypothèque légale inscrite d'office par le procureur de la République, où la sommation de produire prescrite par l'article 753 du Code de procédure civile devra-t-elle être signifiée?

Cette question, qui ne paraîtrait même pas pouvoir se poser si l'on s'en tient à la lettre de l'article 753 du Code de procédure civile, n'est pas sans soulever dans la pratique des difficultés assez grandes. Elle intéresse au plus haut point les officiers ministériels qui sont chargés de la poursuite d'ordres : leurs erreurs ou leurs omissions dans l'observation des formalités pourraient engager grandement leur responsabilité. Elle intéresse également les magistrats dont la mission est de régler les ordres, parce que de l'accomplissement raisonné et intelligent de ces formalités dépend la validité de leurs opérations, et que leur responsabilité morale se trouve aussi de la sorte engagée. Elle se rattache à l'un des points qui ont été le plus discutés lors de la présentation de la loi du 21 mai 1858 au Corps législatif, l'inscription d'office de l'hypothèque légale des incapables prescrite par l'article 692, paragraphe dernier, du Code de procédure civile. Malgré les controverses que cette mesure a suscitées alors, tant au sein de la commission que devant le Conseil d'État et le Corps législatif, le point qui nous occupe est demeuré sans solution législative et est resté abandonné à la doctrine et à la jurisprudence. Pour atteindre cette solution,

Digitized by Google

nous n'entendons toutefois pas rentrer dans la discussion des principes qu'a soulevés la question, et notamment examiner si la survivance du droit de préférence sur le prix au droit de suite sur l'immeuble grevé de l'hypothèque légale non inscrite est conforme à ces principes[1]. Il s'agit en fin de compte ici surtout d'une question pratique. Prenant donc la loi telle qu'elle est, nous pénétrant de la pensée et de l'intention dont elle est l'expression, nous rechercherons les conséquences pratiques qu'il faut en tirer en ce qui concerne une situation sur laquelle ses auteurs ont omis ou négligé de s'expliquer.

I

Le point que nous cherchons à résoudre est une de ces difficultés d'application telles qu'en présentent les lois du 23 mars 1855 et du 21 mai 1858, difficultés provenant de ce que le législateur, sollicité par des intérêts opposés qui se rattachent à des titres à peu près égaux à l'ordre public, semble s'être quelquefois trop exclusivement préoccupé de celui du crédit public et avoir à certains moments perdu de vue ceux des incapables que les Codes civil et de procédure avaient au contraire entourés de garanties parfois très-coûteuses et embarrassantes. Est-il besoin, pour se pénétrer de l'intérêt de la question, de faire un retour sur le passé? Qui ne se rappelle, surtout après toutes les discussions dont elle a été l'objet, que dans notre ancien droit le *décret forcé purgeait toutes les hypothèques*, « quand même, dit Pothier, ces droits auraient appartenu à des mineurs, même dans le cas d'insolvabilité de leurs tuteurs, même dans le cas où ils auraient été absolument destitués de tuteurs; car la foi publique, *fiscalis hastæ fides*, doit l'emporter sur la faveur de ces personnes. » Le Code civil ayant dispensé les hypothèques légales de l'inscription, il fallut organiser une procédure spéciale pour les forcer à se révéler. Mais ses prescriptions ne trouvant d'application qu'aux cas d'aliénations volontaires, les adjudications sur saisie immobilière leur échappaient et restaient soumises à la maxime : *décret forcé purge toutes les hypo-*

[1] C'est l'objection qui, lors de la discussion de la loi de 1841 sur les saisies, avait empêché d'adopter la réforme qui a été admise dans notre nouvel article 692.

Digitized by Google

thèques, état de choses qui avait pour conséquence de sacrifier des droits que l'on voulait au contraire protéger, ceux des incapables; car tandis que les créanciers incrits, par l'effet de leur inscription, se trouvaient liés à la procédure de saisie et appelés à la répartition du prix, les femmes, les mineurs et les interdits y demeuraient étrangers et perdaient leurs droits sans avoir été mis en demeure de les faire valoir. La protection que la loi avait voulu leur accorder en dispensant leur hypothèque de l'inscription tournait ainsi contre eux. La doctrine et la jurisprudence furent longtemps d'accord, non pourtant unanimes, pour accepter cet effet de l'adjudication sur saisie, lorsque la Cour de cassation, par un arrêt solennel du 22 juin 1833, revenant sur sa jurisprudence, décida que la loi n'avait fait aucune distinction entre les ventes volontaires et les adjudications sur saisie, et que la purge des hypothèques légales devait être faite dans un cas comme dans l'autre.

Mais alors se manifestait une différence en sens inverse entre les créanciers ordinaires et les créanciers à hypothèque légale; il fallait donc trouver une combinaison qui rendît au jugement d'adjudication la vertu de purger les hypothèques légales, comme il purgeait les hypothèques inscrites. Tel a été le mobile de plusieurs dispositions de la loi de 1858, qui ont en vue d'accroître les sûretés du crédit immobilier en protégeant les acquéreurs sur saisie contre tous les recours, troubles, évictions et empêchements quelconques auxquels pourrait les exposer l'exercice des priviléges, actions résolutoires et hypothèques dispensées d'inscription qui pourraient exister sur les biens par eux acquis. A cet effet, en vertu de l'article 692 nouveau, tous les créanciers sans exception sont mis en demeure de se faire connaître et liés à la procedure de saisie. Laissons de côté les créanciers majeurs et maîtres de leurs droits qui, libres d'agir sans avoir à subir aucune influence contraire à leurs intérêts bien entendus, peuvent être négligents à leurs risques et périls, et ne nous occupons que des incapables. En ce qui les concerne, notification doit être faite, aux termes du 2° de cet article, « à la femme du saisi, aux femmes des précédents propriétaires, au subrogé tuteur des mineurs ou interdits, ou aux mineurs devenus majeurs, si, dans l'un ou l'autre cas, les

Digitized by Google

mariage ou tutelle sont connus du poursuivant d'après son titre. Cette sommation contiendra en outre l'avertissement que, pour conserver les hypothèques légales sur l'immeuble exproprié, il sera nécessaire de les faire inscrire avant la transcription du jugement d'adjudication. » Si le mariage ou la tutelle n'étaient pas connus du poursuivant, le législateur n'a pas pensé qu'il fût nécessaire de lui imposer l'obligation de faire à ce sujet des recherches dispendieuses et longues; mais il a prescrit une mesure qui devrait avoir pour effet de garantir d'une façon certaine les droits des incapables : c'est celle édictée par le dernier alinéa de notre article 692, sur laquelle nous appelons toute l'attention, parce qu'elle est une des bases de la discussion : « Copie en sera notifiée au procureur de la République de l'arrondissement où les biens sont situés, lequel sera tenu de requérir l'inscription des hypothèques légales existant du chef du saisi seulement sur les biens compris dans la saisie. »

Ainsi désormais les incapables sont non-seulement mis en demeure de faire connaître leur hypothèque légale, mais ils sont encore et dans tous ces cas prémunis contre leur négligence, leur faiblesse ou celle de leurs représentants légaux, et cette hypothèque est inscrite d'office, comme mesure d'ordre et d'intérêt public; ce qui sera fait aussi bien après une aliénation volontaire qu'à la suite d'une saisie immobilière, comme nous le verrons plus loin.

Mais ce n'est pas tout d'avoir conservé le moyen d'être payé : il faut être mis à même de s'en servir; or c'est précisément là, si nous nous en tenions à la lettre de l'article 753 du Code de procédure, que nous trouverions une lacune, une omission dont les conséquences seraient de compromettre, souvent de détruire tous les bons effets que l'article 692 avait en vue de préparer. L'hypothèque légale inscrite par le procureur de la République serait illusoire si, le moment venu, l'incapable ne pouvait pas mettre en mouvement le droit qu'elle est destinée à conserver. Or la femme mariée, le mineur, l'interdit sont tout aussi incapables quand il s'agit de faire valoir leur créance qu'ils l'étaient lorsqu'il s'est agi de l'inscrire. Quelles sont, en effet, les considérations qui ont fait prescrire cette mesure de l'inscription d'office par le chef du parquet? C'est que le mari ou le tuteur ayant un intérêt

Digitized by Google

opposé à celui de leur femme ou de leur pupille négligera d'inscrire son hypothèque sur son propre bien; qu'il ne pourrait même quelquefois accomplir ce devoir sans s'exposer à être stellionataire, ce qui arriverait s'il n'avait pas fait à ses créanciers la déclaration voulue par l'article 2134 du Code civil. Le législateur a pensé que, dans ces conditions, la conservation de ces intérêts ne serait pas suffisamment garantie par une obligation purement morale imposée au mari ou au tuteur.

Lors donc qu'il sera opportun pour la femme ou le pupille de produire à l'ordre ouvert sur les biens du mari ou du tuteur, le même motif de défiance, la même nécessité de protection ne se présenteront-ils pas? Et parce que l'hypothèque aura été inscrite, suffira-t-il de s'en rapporter à la foi du mari ou du tuteur pour faire produire effet à cette hypothèque au préjudice de leurs propres créanciers et contrairement à leurs intérêts personnels? N'auront-ils pas d'ailleurs une raison très-spécieuse pour justifier leur abstention à l'ordre? Cette inscription, qu'ils n'auront pas requise, ils pourront alléguer qu'ils ne l'ont pas connue, toutes les fois que la sommation de produire, qui en est la révélation, aura été signifiée à un domicile élu qu'ils ignorent, au parquet par exemple, et que rien ne peut constater officiellement qu'elle soit parvenue entre leurs mains, comme nous le verrons tout à l'heure.

Par quelle voie donc les incapables seront-ils mis en demeure de produire à l'ordre où va se distribuer le prix de l'immeuble qu'affecte leur hypothèque désormais inscrite? Le texte de la loi ne fait à cet égard aucune différence entre eux et les autres créanciers inscrits. Suivant l'article 753 du Code de procédure civile, « sommation de produire est faite aux créanciers inscrits par acte signifié aux domiciles élus dans leurs inscriptions ». De la généralité de ces termes faut-il conclure que désormais ils sont tous placés sur la même ligne, et que l'injonction faite au parquet d'inscrire l'hypothèque légale ait épuisé la sollicitude du législateur à l'égard des incapables? Il semble assez difficile d'admettre qu'en édictant les dispositions si générales de cet article 753, il ait envisagé bien nettement leur situation particulière; il n'est pas possible de croire qu'il ait abandonné les intérêts

Digitized by Google

dont il s'agit au point de les compromettre tout à fait, détruisant lui-même l'effet des mesures qu'il vient d'ordonner, après avoir affirmé si positivement sa volonté bien constante de les protéger jusqu'au bout. Personne ne l'admettra, en présence des déclarations si nettes en ce sens qui se trouvent à chaque pas dans l'exposé des motifs, dans le rapport, de la commission, dans la discussion du projet de loi. Avec quel soin ne proteste-t-on pas contre l'idée que les droits des incapables pourraient être sacrifiés [1]? Ces préoccupations sont résumées dans la circulaire ministérielle du 2 mai 1859 sur l'application de la loi du 21 mai 1858 : « Toutes les précautions sont prises, y est-il dit, pour que les droits soient rendus publics, et *pour que les créanciers soient appelés lors de la distribution des deniers;* mais si, par son inertie ou par sa faute, un créancier à hypothèque légale a laissé échapper le droit de critiquer l'aliénation, le législateur lui offre encore une voie de salut en lui réservant le moyen de ressaisir son droit de préférence sur le prix. »

Cette idée de protection des incapables se combine d'ailleurs à merveille avec le dessein de procurer une réalisation prompte et facile des capitaux engagés dans le crédit immobilier, qui est le fondement de la loi de 1858. La conciliation de ces deux intérêts, dont l'antagonisme avait provoqué tant

[1] « Quand au procureur impérial, ce n'est plus une faculté qui lui est donnée, c'est un devoir impérieux qui lui est imposé... Lorsqu'on lit cette dernière prescription, on demeure convaincu que les intérêts qu'on a voulu sauvegarder ne peuvent plus être compromis par la négligence ou la complaisance, et qu'ils sont couverts d'une protection bien autrement salutaire et plus appropriée au cas spécial, qu'ils ne l'avaient jamais été. » (*Exposé des motifs.*)

« On ne repétera plus, sans doute, ce qui avait été dit lors de la discussion de la loi du 3 juin 1841, « qu'on veut enlever aux femmes et aux mineurs les garanties que leur avait assurées le Code Napoléon, en supprimant les formalités qu'il avait établies. » (*Ibid.*)

« Par un surcroît de garantie, qui devra imposer silence à la critique, l'adjudicataire va être chargé d'ajouter la sommation de produire à celle que doit faire le poursuivant à la femme du saisi, aux femmes des précédents propriétaires, au subrogé tuteur des mineurs et interdits, aux mineurs devenus majeurs, et copie en est notifiée au procureur impérial. » (*Ibid.*) Ces dernières mesures n'ont pas été en définitive adoptées. Nous verrons plus loin que ce rejet tient à des considérations qui n'excluent pas l'idée de protection qui les avait inspirées.

Digitized by Google

de justes plaintes, était le seul soin des promoteurs de la loi à faire. « Celle-ci ne doit s'inspirer que de deux principes, disaient-ils dans l'exposé des motifs : l'intérêt de l'incapable et l'intérêt du crédit; elle doit opter entre eux s'ils sont incompatibles, ou chercher à les concilier si une combinaison intermédiaire peut satisfaire la raison et entrer aisément dans la pratique. »

Faudrait-il donc que toutes ces précautions, dont vient de nous parler la circulaire ministérielle, deviennent en fait une sorte de piége pour ceux en considération desquels elles ont été prises? C'est ce qui arriverait si, leur hypothèque légale ayant été formée à leur insu, malgré eux peut-être, s'ils croient avoir un autre moyen de mettre leur droit en mouvement, il était procédé sans qu'ils en eussent connaissance à la distribution du prix de l'immeuble gage de leur créance. Cette inscription pourra même quelquefois porter préjudice à l'incapable et l'exposer à des contestations graves, comme l'ont fait observer le rapporteur de la loi et le député Duclos, à des demandes de mainlevée dont les frais pourront rester à leur charge; car nous allons voir bientôt que le devoir du ministère public ne consiste qu'à requérir l'inscription; « mais il n'a pas à se préoccuper, c'est encore la circulaire ministérielle qui nous l'apprend, du point de savoir si les femmes ou pupilles ont des droits à exercer contre le saisi; s'ils trouveront un avantage sérieux à manifester leur hypothèque, ou si, la femme ayant contracté la dette solidairement avec son mari, a intérêt à prendre inscription. » Un cas analogue se présentera quand, dans cette dernière hypothèse, la femme ayant subrogé le créancier dans ses droits, celui-ci, pour obéir à l'article 9 de la loi du 23 mars 1855, inscrira l'hypothèque légale de sa débitrice, mais en termes généraux, au lieu d'en restreindre l'effet à l'importance de la créance garantie par la subrogation, point qui a soulevé bien des difficultés avec les conservateurs des hypothèques quand il s'agissait de radier les inscriptions ainsi prises.

Mais allons plus avant. Quelle était autrefois la situation des incapables? L'hypothèque légale leur confère un droit de suite sur l'immeuble et un droit de préférence sur le prix indépendamment de toute inscription. Mais c'était une question très-controversée, et fort délicate du reste, de savoir si

Digitized by Google

le droit hypothécaire dont il n'avait pas été fait usage dans les délais de la purge se trouvait éteint aussi bien sur la chose que sur le prix; c'est-à-dire si le créancier qui n'avait pas inscrit en temps utile son hypothèque légale perdait, en même temps que son droit de suite sur l'immeuble, celui de se faire payer avec la préférence attachée à sa créance sur le prix réalisé de cet immeuble. La jurisprudence de la Cour de cassation s'était prononcée pour l'affirmative, non sans une vive opposition des Cours d'appel. Les articles 717 et 772 du Code de procédure, dans leurs derniers paragraphes, ont tranché la difficulté législativement en statuant que les femmes, les mineurs et les interdits pouvaient encore obtenir collocation sur le prix, bien qu'ils aient perdu tout droit de suite sur l'immeuble, mais en limitant cette préférence par des conditions de rigueur qu'ils déterminent. Les partisans de la survivance du droit de préférence étaient mus par cette considération « que la purge des hypothèques légales, quels que soient le procédé et l'époque, ne sont pas toujours un mode d'interpellation assez sûr et assez compris pour qu'on puisse garantir que l'incapable a été averti et que son ignorance ou sa dépendance lui a laissé la faculté de profiter de l'avertissement, que le mari ou le subrogé tuteur peut être négligent, peu éclairé, ou avoir des intérêts opposés à celui de l'incapable; qu'il ne faut donc pas assimiler la femme et le mineur a des créanciers ordinaires, et que s'il est possible encore de leur réserver un droit de préférence, il faut s'empresser de le faire *sous peine de leur retirer la protection précisément au moment où elle leur devient nécessaire.* » On voit jusqu'à quel point cette idée de protection préoccupait les auteurs de la loi de 1858, puisque indépendamment des motifs qui s'imposaient à leurs méticuleuses appréhensions, ils ont cru devoir donner une solution législative à une difficulté d'interprétation, et ne pas laisser plus longtemps exposée aux variations de la jurisprudence la dernière ressource qui pouvait rester aux incapables de se faire payer, poussant le souci de ces droits au point qu'il semble leur avoir fait oublier l'injonction qu'ils venaient de faire au procureur de la République dans le dernier alinéa de l'article 692. En fait l'hypothèse dont il s'agit devra donc se présenter bien rarement, puisque ce magistrat a le devoir d'inscrire leur hypothèque;

Digitized by Google

mais on en a pris texte pour soutenir que les droits sur le prix étant réservés, le mandat de l'article 692 n'est pas si impératif que le chef du parquet ne puisse s'y soustraire, en ce qui concerne les femmes, s'il estime que l'inscription puisse être inutile, contraire à ses intérêts ou aux engagements solidaires qu'elle a contractés. Examinons donc quelle est l'étendue de ce mandat.

II

Il importe de bien définir les termes et la portée du dernier paragraphe de l'article 692, parce que c'est sur ce point que repose une partie de l'argumentation et que nous espérons y trouver presque complète la solution du problème posé. Nous n'avons du reste, pour nous édifier, qu'à nous reporter à la circulaire ministérielle précitée. Le procureur de la République doit inscrire l'hypothèque dès qu'il reçoit notification de la saisie. On s'est demandé s'il devait toujours requérir cette inscription. Cette question a été résolue par la discussion plutôt que par le texte de la loi. M. de Parieu, commissaire du gouvernement, répondant aux orateurs qui le pressaient de s'expliquer sur ce point, a dit avec beaucoup de justesse : « Si la créance apparente n'a pas d'existence, ou si elle a été évidemment soldée, le procureur ne devra pas inscrire, mais tant qu'il n'y aura pas de preuve de la disparition du droit, l'inscription devra être requise. Car aussi longtemps qu'il y a apparence de droit, il y a présomption d'intérêt. Mais, a-t-on dit, on pourra vouloir renoncer. Il faut distinguer : la femme sous certain régime matrimonial, peut renoncer, mais le mineur ne le peut jamais. Son droit doit donc être conservé. Même pour la femme, n'est-il pas bon que le magistrat puisse la soustraire à la pression qui pourrait être exercée sur elle? Faut-il laisser un mari qui est poursuivi, et dont la fortune s'évanouit par la saisie, libre de faire disparaître, par un abus de son influence, le droit de sa femme, qui est aussi celui de ses enfants ? Le Conseil d'État ne l'a pas pensé : l'hypothèque légale est la garantie de la faiblesse et l'inscription obligatoire a pour but de la préserver. Quant aux renonciations qui pourraient être faites ultérieurement, *après l'ordre*, la loi n'a pas à y intervenir ;

Digitized by Google

l'œuvre de protection du législateur est accomplie. » (*Moniteur*, 14 avril 1858.)

On a conclu de là que le ministère public est obligé d'inscrire même dans le cas de l'article 2194 du Code civil, et que la loi de 1858, en rendant cette formalité obligatoire dans le cas des articles 692 et 696 du Code de procédure civile, a eu pour conséquence de la rendre obligatoire dans le cas de l'article 2194 du Code civil. « Puisque l'obligation imposée aux procureurs n'est pas jugée trop difficile pour être réputée impossible, il faut bien que la loi s'exécute et que l'inscription soit requise dans tous les cas. » (*Journal des avoués*, 1858, p. 586.)

Voilà pour le principe de l'obligation de requérir l'inscription. Voyons quelle en est l'étendue dans les détails que comporte cette formalité. L'inscription hypothécaire doit contenir élection de domicile dans un lieu quelconque de l'arrondissement du bureau; telle est la règle des articles 2148 et et 2153 du Code civil; mais cette règle est-elle rigoureuse d'une façon absolue, et, dans tous les cas, sa rigueur s'étend-elle aux inscriptions prises d'office et notamment à celles que doit requérir le procureur de la République? Premier point à examiner.

Et d'abord cette règle est-elle substantielle et sa violation entraîne-t-elle la nullité de l'inscription? Cette question, Merlin se l'était posée sous le régime de la loi du 11 brumaire an VII, et il n'hésitait pas à la résoudre négativement; il qualifiait même d'une manière très-vive l'opinion contraire (*Quest.*, v° INSCR. HYP., § 4, et *Rép.*, t. XVI, p. 430, 8°). Bien qu'elle soit toujours controversée, elle semble néanmoins tendre de plus en plus à se fixer dans ce sens. « On était d'accord, lors de la discussion du projet de réforme hypothécaire, pour trouver trop rigoureuse la jurisprudence qui attachait au défaut de mention du domicile élu la peine de nullité. M. Persil lui-même (qui professait la doctrine opposée), au nom de la commission instituée pour la préparation du projet de loi, exprimait l'avis que l'unique sanction de l'omission devait être d'autoriser toutes significations et notifications, relatives à l'inscription, au parquet du procureur de la République, et l'article 2164 du projet, correspondant à l'article 2148, était modifié dans ce sens. » (Dalloz, v° ORDRE, n° 1529.)

Digitized by Google

Ainsi, même avant les lois de 1855 et 1858, on était bien près d'être d'accord que l'élection de domicile n'est pas substantielle. On persista dans cette voie et la difficulté fut enfin décidée par voie législative, au moins d'une manière implicite. En effet, sous l'ancienne législation, on n'attachait déjà aucune importance à l'élection de domicile dans les inscriptions d'office formées par le conservateur à la transcription des actes d'aliénation; cela était tout naturel, puisque l'action résolutoire pouvant être conservée indépendamment du privilége, le vendeur conservait toujours ainsi un moyen d'action fort énergique sur les créanciers hypothécaires. La loi du 21 mars 1855 ayant changé cet état du droit hypothécaire, l'article 692, § 1, de la loi de 1858 vint consacrer la doctrine et la jurisprudence en destituant désormais de tout effet l'omission d'élection de domicile dans l'inscription d'office; à défaut de cette élection, la sommation qui doit lier le vendeur à la poursuite de saisie « sera faite au créancier à son domicile réel, pourvu qu'il soit fixé en France. » Et nous remarquerons, avec MM. Grosse et Rameau, que la modification dont il s'agit ici s'applique aussi bien à l'inscription prise d'office par le conservateur qu'à l'inscription prise par le vendeur directement, puisque la loi ne fait aucune distinction entre les diverses formes employées pour formuler les inscriptions conservatrices d'un prix de vente et que l'article 692 recevra son application de quelque façon que l'inscription de privilége ait été prise, soit d'office, soit par le vendeur ou son ayant cause.

Ainsi, premier point établi : l'élection de domicile est inutile, nous pourrions presque ajouter dangereuse, dans l'inscription de privilége du vendeur. On répondra sans doute que c'est une exception; sans nous arrêter à discuter l'objection, nous pourrions conclure de ce qui précède, avec les auteurs précités, que désormais l'élection de domicile n'est pas obligatoire d'une façon absolue, puisqu'il est une classe d'inscription où elle est sans utilité. La raison commande une règle générale qui soit applicable à toutes, elle n'admet pas qu'un avertissement contienne les éléments de publicité désirables, parce que c'est la créance d'un vendeur qui en fait le sujet, et qu'il ne les contienne pas, parce que c'est une créance pour prêt. L'avertissement est un acte tout d'une

Digitized by Google

pièce, il contient ou ne contient pas les renseignements que les tiers peuvent désirer; là est toute la question. S'il satisfait aux besoins de la publicité parce que c'est un vendeur, il y satisfait lorsque c'est un prêteur [1].

Mais ce n'est pas là que tend la démonstration que nous avons entreprise, et nous n'avons pas besoin pour y arriver d'établir ce point d'une façon absolue; il nous suffit qu'il soit certain en ce qui concerne l'inscription formée d'office par le conservateur des hypothèques. Allons maintenant plus loin : nous dirons que celui-ci agirait sans droit ni qualité s'il indiquait un domicile d'élection chez lui ou dans un lieu quelconque de l'arrondissement, parce qu'il doit prendre les actes qui lui sont présentés à la transcription tels qu'ils existent; il y puise tous les renseignements dont il a besoin pour remplir le vœu de la loi, mais il n'y peut rien ajouter; les instructions le lui défendent, et avant tout le soin de sa responsabilité, qui se trouverait engagée très-avant par le choix qu'il ferait d'un domicile pour le vendeur, comme nous l'établirons plus loin.

Mais ce n'est pas tout : le privilége du vendeur n'est pas le seul que les conservateurs puissent inscrire d'office. Des auteurs pensent qu'il leur est permis d'inscrire aussi d'office les hypothèques légales des incapables quand l'utilité leur en appert des actes qui leur sont soumis [2]. En effet, ces inscriptions n'ayant pas pour objet de conférer des droits aux femmes mariées et aux mineurs, mais uniquement d'avertir les tiers, il rentre dans leurs attributions de leur donner la publicité des registres dont la rédaction et la garde leur sont confiées. En appelant tous les citoyens à requérir ces inscriptions, la loi y invite plus spécialement les conservateurs, mais sans leur en faire une obligation (art. 2139 C. civ.). La question a été jugée dans ce sens par plusieurs arrêts. Il a même été jugé que le conservateur peut prendre, dans l'intérêt d'un créancier et sans réquisition de sa part ou d'un tiers, une inscription pour la conservation d'une hypothèque conventionnelle [3]. Dans ces différentes circonstances, il n'élira pas do-

[1] Grosse et Rameau, *Proc. de l'ordre*, p. 40; *sic* Audier, *Journal des avoués*, 1865, p. 241.

[2] Dalloz, *Priviléges et hypothèques*, 1385.

[3] Dalloz, *ibid.*, 1456.

Digitized by Google

micile à son bureau, et à défaut d'élection de domicile chez les intéressés, l'indication de leur domicile réel, pourvu qu'il soit dans l'arrondissement, devra suffire à la validité de l'inscription.

Cela posé, quelle est la nature de l'inscription requise par le procureur de la République? C'est une inscription d'office comme celle dont nous venons de parler et au même titre. Dès lors il n'y a aucune raison pour que les principes que nous avons reconnus à leur occasion ne s'appliquent pas également à celles requises par le ministère public pour les incapables, et en conséquence nous dirons que non-seulement il n'est pas nécessaire qu'il indique un domicile d'élection dans les bordereaux, mais qu'il ne le doit pas toutes les fois que le domicile réel de l'incapable lui sera révélé par les pièces signifiées, le cas où ce domicile sera en dehors de l'arrondissement étant réservé. Cette proposition, quand nous l'aurons mise en évidence, facilitera, nous l'espérons du moins, la décision à appliquer dans un grand nombre des cas que présente le problème dont nous poursuivons la solution dans cette étude, et préparera celle à donner aux autres.

III

Le procureur de la République peut-il en principe prendre pour les incapables un domicile d'élection? Pour comprendre la portée de cette question, il faut d'abord se rappeler quelle est l'utilité de l'élection de domicile, et quelle en est la conséquence pour celui qui l'indique à l'insu le plus souvent du créancier qu'elle intéresse.

En ce qui touche le premier point, il a une étroite connexité avec celui que nous avons examiné plus haut, à savoir si l'élection de domicile est une formalité substantielle, car les raisons qui servent à décider la négative sont aussi celles qui en expliquent l'utilité. L'élection de domicile est-elle dans l'intérêt des tiers intéressés à connaître l'inscription, en ce sens que l'omission pourrait leur nuire, on la déclare substantielle; est-elle au contraire dans l'intérêt de l'inscrivant et pour porter à sa connaissauce certains actes, en sorte que l'omission n'aurait de suites fâcheuses que pour lui, on ne lui attribue qu'une utilité relative : elle peut être suppléée

Digitized by Google

par des équivalents; nous avons vu que la plupart des auteurs, après Merlin, décident en ce sens, et que la jurisprudence tend de plus en plus à adopter leur avis. Nul doute que les formalités indiquées dans l'article 2148 du Code civil ne soient dans l'intérêt exclusif des tiers qui auront à traiter avec le propriétaire de l'immeuble; c'est à leur seule considération qu'elles ont été édictées; elles ont pour objet de les éclairer sur les charges qui pèsent déjà sur l'immeuble; elles établissent en un mot le crédit hypothécaire du débiteur, et comme la moindre méprise peut avoir les plus désastreuses conséquences pour un prêteur inexpérimenté, elles précisent les noms du débiteur, l'importance des charges hypothécaires et les titres desquels elles résultent, et enfin les immeubles qu'elles grèvent en les spécifiant de la façon la plus exacte possible, afin d'éviter toute confusion. Avec ces renseignements, les prêteurs pourront agir en pleine connaissance de cause et apprécier le crédit qu'ils peuvent accorder au propriétaire. Quant aux noms des créanciers inscrits avant eux, il leur est tout à fait indifférent, encore plus leur domicile, réel ou d'élection. Que ce soit Pierre ou Jacques, peu leur importe. C'est à la somme conservée par l'hypothèque et point à celui à qui elle est due qu'ils ont égard avant de se dessaisir de leur argent; car tant qu'existera l'inscription qui leur est révélée, quelque raison qu'ils puissent avoir d'ailleurs de croire qu'il n'est plus rien dû au titulaire de cette inscription, qu'ils peuvent même personnellement connaître, ils agiront toujours prudemment en ne délivrant leurs fonds qu'après la radiation. Le nom, le domicile du titulaire ne leur sera utile à connaître que lorsqu'ils auront une signification à lui faire au cours d'une expropriation (art. 692 C. pr. civ.); — celui de purge (art. 2183) ne se présentant pas dans les mêmes conditions, nous le verrons dans un instant. — Et comme l'intérêt public et celui du débiteur, au moins autant que celui du créancier, exigent qu'en pareille affaire on évite les dépens et les lenteurs, la loi a voulu que l'inscrivant eût un domicile dans l'arrondissement où se trouvent les immeubles, afin que ces significations lui arrivent plus vite et à moins de frais. Généralisant, elle a prescrit un domicile d'élection, même lorsque le domicile réel est dans l'arrondissement, ce qui n'était peut-être pas bien utile,

Digitized by Google

laissant au surplus à la jurisprudence le soin de décider, en cette hypothèse, si sa prescription devait être appliquée à la rigueur ou non. Si le créancier, domicilié dans l'arrondissement, a négligé cette précaution que lui recommandait la loi, tant pis pour lui : cette omission n'aura aucun effet quant au saisissant; il procédera d'après les principes généraux de l'article 69 du Code de procédure, et fera parvenir sa signification au parquet comme s'il ignorait le domicile du créancier. Seul, celui-ci pourra en souffrir, mais cela sera la faute de sa négligence; à moins que le poursuivant ne lui fasse parvenir la signification à son domicile réel, sauf dans la taxe des frais à lui faire supporter toutes les dépenses résultant du défaut d'élection de domicile. Cette théorie, qui est celle de la plupart des auteurs, a été enseignée par M. Troplong (*Hyp.*, nos 668 et 579), d'après Merlin qui avait dit que la peine de l'omission « est, et est seulement, que le tiers acquéreur ou créancier est dispensé de toute notification au créancier qui s'est inscrit, sans élire domicile dans l'arrondissement du bureau; c'est et c'est seulement, ajoute-t-il avec insistance, que si le créancier inscrit, sans élection de domicile, ne se présente pas spontanément au procès-verbal d'ordre, il sera déchu faute de produire. »

La jurisprudence s'est aussi en partie déclarée en ce sens; mais rappelons que si elle n'a pas encore réuni l'unanimité, il y a grande chance désormais pour qu'elle soit obtenue, puisque l'article 692 nouveau a édicté une mesure qui, en admettant qu'elle ne soit législativement qu'une exception, pourrait bien dans la pratique devenir une règle, car elle détruit l'ancien principe. (*Sic* Tarrible, Grenier, t. I, n° 97; Battur, t. III, n° 433; Rolland de Villargues, v° INSCRIP. HYP., n° 168; Troplong, *loc. cit.*; Flandin, *Traité des hyp. inéd.*; Dalloz, *Privil. et hyp.*, nos 1523 et 1525; Grosse et Rameau, *Proc. de l'ordre*, nos 14 et 15; Audier, *loc. cit.* — Metz, ch. réunies, 2 juillet 1812; Angers, 9 mess. an IX; Liége, 5 janv. 1816; Grenoble, 10 juillet 1823; Riom, 7 mars 1825; Agen, 4 janv. 1854.)

Afin de ne pas embarrasser de détails l'enchaînement de l'argumentation, nous avons omis les autres cas où l'élection de domicile trouvera son utilité : ceux de la purge (art. 2183 C. civ.) et de l'ordre (art. 753 C. pr. civ.); ils nous fournissent

Digitized by Google

des raisons encore plus décisives. Il ne s'agit plus ici d'un créancier ayant à se mettre en rapport juridique avec un co-créancier, mais d'un acquéreur qui veut purger son immeuble de toutes les hypothèques inscrites; le crédit public n'est plus en jeu; les tiers sont sans intérêt; les seuls intéressés sont les inscrivants auxquels il importe d'avoir connaissance des mutations que peut subir leur gage hypothécaire, et des conditions auxquelles ces mutations ont eu lieu. Le but de leur hypothèque est de recouvrer leur argent au moyen de la réalisation du gage : cette réalisation est-elle satisfaisante, ils l'accepteront, et leur hypothèque ayant produit l'effet qu'ils en attendent deviendra désormais inutile, et sera purgée; le prix leur semble-t-il au contraire avili, ils requerront la mise aux enchères pour en obtenir un plus sérieux, après quoi l'hypothèque sera également purgée. On pourra ensuite procéder à l'ordre et y convoquer les créanciers inscrits. Tout cela est élémentaire sans doute, et connu dès longtemps du lecteur, mais il ne nous semble pas inutile de l'énoncer pour le développement clair et précis de la théorie à laquelle nous avons donné la préférence, et pour la déduction logique des conséquences que nous voulons en tirer à l'appui de la thèse dont cette étude est l'objet. Eh bien ! dans le désir d'abréger la procédure nécessaire pour produire les divers effets juridiques qui viennent d'être successivement rappelés, la loi a indiqué un domicile d'élection où l'acquéreur devra faire toutes les significations promptement et à peu de frais, et surtout sans investigations embarrassantes et quelquefois dangereuses pour lui; nous ajoutons à dessein cette dernière idée parce qu'elle explique le seul avantage que puisse offrir à l'acquéreur l'élection de domicile; les frais lui sont indifférents : l'article 774 du Code de procédure civile lui en assure le recouvrement privilégié. Bien plus grande est pour le créancier inscrivant l'utilité d'un domicile d'élection, puisque sans cette précaution il pourrait ignorer des faits qu'il lui importe de connaître et encourir des déchéances préjudiciables que Merlin vient de signaler.

Ou bien nous nous faisons illusion, ou nous avons démontré que la formalité de l'élection de domicile est avant tout dans l'intérêt du créancier qui requiert l'inscription, et que son omission ne peut avoir de conséquences fâcheuses que

Digitized by Google

contre lui. Ce n'est donc pas chose dénuée d'importance que de choisir un domicile pour y recevoir toutes les significations auxquelles il vient d'être fait allusion. Il faut avoir la certitude que la personne chez laquelle on l'établira mérite cette confiance par le soin qu'elle prendra des intérêts dont elle aura la garde, et qu'elle portera à la connaissance du créancier tous les faits juridiques qu'il ne doit pas ignorer. Il semble donc que cette indication ne doit émaner que du choix libre et raisonné du créancier. Mais ce n'est pas ainsi que les choses se passent dans la pratique, ce n'est surtout pas le cas des inscriptions prises d'office. En fait il arrive souvent que les créanciers ignorent chez qui se trouve leur domicile d'élection. Cela nous amène au second point que nous avons à examiner pour résoudre la question posée en tête de ce troisième paragraphe, à savoir quelles sont les conséquences de l'élection de domicile pour celui qui la fixe à l'insu du créancier et quelle est la responsabilité qu'il assume.

Généralement ce sont les notaires, quand il s'agit d'hypothèques conventionnelles et les avoués quand ce sont des hypothèques judiciaires, qui rédigent les bordereaux et requièrent les inscriptions; presque toujours ils élisent pour l'inscrivant domicile en leur étude, ou en celle de leur correspondant, quand les biens sont dans un autre arrondissement. Leurs clients s'en rapportent à eux de tout point. En agissant ainsi, ces officiers ministériels exécutent un mandat tacite, ou se constituent *negotiorum gestores* [1]; ils prennent l'engagement de faire parvenir au créancier toutes les significations qui seront faites à ce domicile élu comme si elles étaient faites parlant à personne ou domicile réel; ils répondent même de la négligence de celui qu'ils se sont substitué, quand ils placent ce domicile chez un correspondant, et la sanction de cette responsabilité gît dans les dommages-intérêts qui peuvent échoir à leur client. Il est d'ailleurs bien entendu qu'il ne peut y avoir lieu à responsabilité qu'autant que la fixation de ce domicile d'élection a été acceptée par

[1] Nous n'avons pas d'intérêt à prendre parti sur cette question délicate et controversée de responsabilité des officiers ministériels; à quelque titre qu'elle existe, il nous suffit qu'elle existe pour la justification de notre thèse.

Digitized by Google

celui chez qui il se trouve placé. Ce que nous venons de dire des notaires et des avoués s'applique à tous autres mandataires ou *negotiorum gestores* et particulièrement aux conservateurs des hypothèques, dans les cas qui ont été précédemment indiqués, avec cette distinction pourtant que ces derniers, quand ils inscrivent d'office le privilége du vendeur, se gardent bien de lui choisir un domicile différent de son domicile réel, puisqu'il n'en ont pas le droit.

Ces prémisses posées, un peu longuement peut être, revenons à la question : le procureur de la République peut-il en principe prendre pour les incapables un domicile d'élection? Si les prémisses ont été un peu développées, la conclusion s'en dégage immédiatement : elle est nécessairement négative. Non, en principe, le procureur de la République ne peut pas élire domicile, d'abord parce que, pas plus que le conservateur des hypothèques, il ne doit rien ajouter aux actes qui lui sont signifiés; il doit les prendre tels qu'ils sont, sauf pourtant cette différence que le conservateur des hypothèques trouvera toujours dans les actes qui lui sont remis, l'indication du domicile réel des créanciers, tandis que pareille indication ne ressortira pas de tous les actes dont la copie est notifiée au parquet. Il ne le peut pas encore parce que le faisant, il se constituerait en dehors des nécessités prévues par la loi le *negotiorum gestor* de l'incapable, il prendrait implicitement l'engagement de lui faire tenir, à lui ou à son représentant légal, les exploits qui seraient signifiés à ce domicile, qui, remarquons-le, devra toujours être à son parquet, car il ne pourrait, en élisant ce domicile chez un tiers quelconque, se décharger de ce soin [1]. Il exposerait donc sa responsabilité; or, il n'est personne qui ne convienne qu'une pareille conséquence est aussi incompatible avec son caractère que le serait le soin même de l'accomplissement de ce mandat, et il n'y aurait aucune dignité à assumer une responsabilité dépourvue de toute sanction, et à compromettre des intérêts regardés comme sacrés, aussi bien qu'à

[1] Il paraît que dans certains ressorts, notamment du Midi, le procureur place le domicile chez un avoué, qui peut être sans rapports d'affaires avec le bénéficiaire de l'inscription. Cette pratique nous semble plus défectueuse encore puisque la responsabilité de ces officiers ministériels ne pourra pas être engagée par suite d'un acte auquel ils n'auraient pas concouru.

Digitized by Google

se constituer sans raison, pour les sauvegarder, l'homme d'affaires des incapables.

A cette décision on ne manquera pas d'opposer l'article 2153 du Code civil qui porte que « les droits d'hypothèque purement légale seront inscrits sur la représentation de deux bordereaux contenant seulement : 1° les noms, prénoms, profession et domicile réel du créancier, *et le domicile qui sera par lui, ou pour lui, élu dans l'arrondissement*, » et la circulaire ministérielle du 2 mai 1859, où nous lisons ce qui suit : « En imposant au ministère public un devoir plus rigoureux, la loi n'a en rien modifié les dispositions de l'article 2153 du Code Napoléon relatives aux inscriptions d'hypothèques légales. Le procureur impérial continue donc à indiquer dans les bordereaux qu'il rédige les noms et le domicile réel de la femme du mineur ou de l'interdit dans l'intérêt duquel il requiert, les noms, prénoms, profession et domicile du débiteur;... il fait pour l'incapable une élection de domicile dans l'arrondissement, car les sommations de produire à l'ordre se font au domicile élu. »

Nous ne pensons pas que ces objections infirment en rien l'interprétation que nous proposons. Les considérations que nous avons fait valoir, après les meilleurs auteurs et une partie de la jurisprudence, à propos de l'article 2148 Code civil, ont toute leur valeur au regard de l'article 2153 qui n'en est qu'une application appropriée au cas spécial dont il s'occupe. Pas plus dans un cas que dans l'autre l'élection de domicile n'est substantielle. De plus, l'article 2153, en la prescrivant dans un lieu de l'arrondissement, semble bien plutôt viser l'hypothèse où le créancier est domicilié hors de l'arrondissement qu'il ne présente un sens absolu. Cette façon de l'interpréter nous paraît conforme aux principes que nous venons de développer, et nous hésitons d'autant mieux à l'adopter que nous verrons bientôt tout le danger qu'il y aurait à procéder autrement, danger que la loi de 1858 s'est proposé de conjurer. Si par un respect trop timoré de la lettre on répudiait notre explication de l'article 2153, nous répondrions que l'esprit entier de la loi de 1858 proteste contre la rigueur absolue de son texte et a implicitement abrogé la partie de ses dispositions qui répugne aux idées de protection pour les droits des incapables dont témoigne cette loi.

Digitized by Google

Nous en dirons autant de la circulaire ministérielle, qui en se référant à l'article 2153 n'est pas aussi absolue qu'elle le paraît; les mots, tout au moins, ont été plus loin que la pensée; nous n'en voulons d'autre preuve que le modèle de bordereau à inscrire qui accompagne cette circulaire. Nous y voyons qu'après l'indication du domicile réel du créancier cette formule ajoute : domicile élu, *en tant que de besoin*, chez..... [1]. Si l'élection de domicile n'est qu'en tant que de besoin, c'est qu'elle n'est pas de rigueur et ne fait que suppléer le domicile réel pour le cas où il ne serait pas dans l'arrondissement. Cette mention ne tranche-t-elle pas le débat dans le sens que nous proposons?

Ainsi donc en principe le ministère public doit éviter de prendre pour l'incapable un domicile d'élection, et il n'y aura aucune bonne raison de décider autrement toutes les fois que l'incapable aura un domicile réel indiqué dans les actes signifiés au parquet, et que ce domicile sera dans l'arrondissement du bureau; mais ce même principe laisse place à des exceptions où l'article 2153 et la circulaire précitée trouveront leur application. C'est ce qui arrivera quand le domicile réel de l'incapable ne sera pas connu, ou lorsqu'il sera placé hors de l'arrondissement où se poursuit l'expropriation. Nul doute qu'il ne faudra assurer la signification des sommations de produire à l'ordre, et dans ce cas le domicile ne pourra être ailleurs qu'au parquet; mais alors ce sera moins comme conséquence de la règle de l'article 2153 qu'en exécution d'une prescription plus générale dont le § 1er de cet article n'est qu'une émanation. Cette règle renouvelée, au moins dans son essence, de l'ordonnance de 1667, a été établie par l'article 69, § 8, qui porte que ceux qui n'ont aucun domicile connu en France sont assignés au lieu de leur résidence actuelle; que si le lieu n'est pas connu, l'exploit sera affiché à la principale porte de l'auditoire du tribunal où la demande est portée; une seconde copie sera donnée au procureur de la République, lequel visera l'original. C'est en effet au parquet que doivent être faites toutes les significations s'adressant à ceux qui n'ont ni domicile

[1] Cette formule est également donnée par MM. Chauveau et Glandaz dans leur *Formulaire*, t. II, p. 49.

Digitized by Google

ni résidence connus en France, et en matière de saisie et d'ordre, nous avons vu que l'on assimile à ces personnes les créanciers qui ont négligé d'indiquer un domicile d'élection dans les cas où la loi prescrit cette mesure. Le § 8 de l'article 69 du Code de procédure et l'article 2153 du Code civil sont issus de la même préoccupation et répondent à des besoins identiques.

IV

Nous devons toutefois reconnaître que dans la pratique des parquets les choses ne se passent pas comme nous l'indiquons, et que les procureurs de la République ont adopté l'usage d'élire dans tous les cas un domicile à leur parquet ou ailleurs, même lorsque le domicile réel des incapables étant situé dans l'arrondissement, l'indication en suffirait pour assurer l'effet de la signification des sommations de produire. C'est contre cet usage que nous nous élevons parce qu'il est rempli de dangers ; mais comme il s'appuie sur une interprétation étroite, mais d'ailleurs plausible des textes, comme de plus nous venons de voir qu'il se présentera des cas assez nombreux où l'élection de domicile au parquet se justifiera, c'est-à-dire ceux où le domicile réel est en dehors de l'arrondissement ou tout à fait inconnu, nous devons aborder une autre face de la question et examiner les moyens de prévenir les effets dangereux qui résulteraient pour les incapables d'une élection de domicile au parquet[1].

Aux termes de l'article 753, les sommations de produire à l'ordre sont adressés au domicile élu; c'est donc le procureur de la République qui recevra les copies destinées aux incapables dans l'intérêt desquels il a requis l'inscription. Mais qu'en adviendra-t-il ? Le procureur continuant son mandat légal, fera-t-il représenter les incapables à l'ordre? Nul ne peut y songer. Mais que fera-t-il de la sommation de produire qui lui aura été remise? La loi et la circulaire explicative ne lui imposent en aucune façon le devoir de transmettre aux intéressés les sommations de produire signifiées

[1] Nous ne nous occupons que de cette hypothèse pour simplifier, mais il est entendu que ce que nous en disons s'applique à toute autre personne qui ne pourrait de ce chef encourir aucune responsabilité.

Digitized by Google

à leur parquet. Sans doute, c'est pour eux une obligation morale de les leur faire parvenir, et ils agiront prudemment en les adressant par une des voies sûres dont ils disposent au domicile réel de ceux qu'elles concernent, toutes les fois que cela sera possible, et lorsque ces sommations ne pourraient parvenir à destination, il serait utile qu'elles fussent remises au juge-commissaire à l'ordre. Mais pourquoi tous ces circuits, toutes ces démarches imposées au ministère public ou à ses agents? Et d'ailleurs à qui devra-t-il lui-même transmettre les significations? C'est un point qui ne laissera pas quelquefois de l'embarrasser. Dans la plupart des cas il ne pourra connaître que le mari ou le tuteur dont l'intérêt est de ne pas y donner suite. En sorte que toutes ces précautions que l'on a prises pour faire inscrire l'hypothèque de l'incapable n'aboutiraient en réalité qu'à la rendre complétement sans effet.

Objectera-t-on qu'aux termes de l'article 696 du Code de procédure le créancier à hypothèque légale doit être sommé, au cours de la poursuite d'expropriation, de prendre son inscription, que cette sommation est faite au domicile réel et que si lui ou son représentant ne s'inscrivent pas, c'est qu'ils n'ont pas l'intention d'user de leur droit de préférence; que, dans ce cas, il importe peu que la sommation de produire soit faite à domicile réel ou élu? Est-il besoin de répondre à cette objection? Sans la critiquer dans le détail, ce que le lecteur a déjà fait, elle ne tendrait à rien moins qu'à annuler l'injonction faite au ministère public par le dernier alinéa de l'article 693 du Code de procédure civile. Il faut donc que l'inscription prise par lui en exécution de cet article produise tout son effet, ou bien il était complétement inutile, si même il n'était pas dangereux, de la requérir. Or dès l'instant que le rôle du procureur de la République se trouve accompli quand il a déféré à l'article 692, sans qu'il ait à faire produire à l'inscription tous les effets légaux, c'est donc qu'il appartient à un autre d'en assurer le bénéfice, c'est-à-dire au poursuivant l'ordre.

Trois cas peuvent se présenter :

1° Le domicile de l'incapable est inconnu; alors pas de difficulté : la sommation de produire signifiée au parquet sera suffisante.

Digitized by Google

2° Le domicile réel est hors l'arrondissement du bureau.

3° Le domicile réel étant dans l'arrondissement, le procureur de la République élit domicile à son parquet.

Dans ces deux dernières hypothèses, nous pensons que la sommation de produire remise au parquet n'a aucune utilité et devra être remplacée par une sommation à domicile réel ou que tout au moins celle-ci devra s'ajouter à la sommation au parquet, surtout dans la seconde hypothèse.

Et d'abord nous nous trouvons en présence du texte si précis de l'article 753 du Code de procédure civile : « Dans les huit jours de l'ouverture de l'ordre, sommation de produire est faite aux créanciers par acte signifié aux domiciles élus dans leurs inscriptions ou à celui de leurs avoués s'il y en a de constitués. » Notons pourtant un premier point sur lequel on est généralement d'accord et qui prouve que cet article n'est pas si absolu qu'il en a l'air : c'est que la sommation peut être valablement faite au domicile réel, quel que soit le créancier, au lieu de l'être au domicile d'élection. Mais il faut aller plus loin, car si l'adage : « la lettre tue, mais l'esprit vivifie, » a jamais été applicable, c'est bien en cette matière. Le but de l'élection de domicile étant de faciliter les significations aux créanciers inscrits et de les rendre plus promptes et moins coûteuses, la sommation de produire a pu paraître suffisante en ce qui concerne les créanciers majeurs et maîtres de leurs droits, parce que le domicile a été choisi par eux ou pour eux de leur aveu ; parce qu'il se trouvera fixé chez un mandataire, un officier ministériel, une personne enfin ayant toute leur confiance ; entre le créancier et le maître du domicile d'élection, c'est une question de responsabilité étrangère au saisissant ; le créancier ne s'en prendra qu'à lui s'il a choisi un représentant négligent, et d'ailleurs la responsabilité de celui-ci garantira suffisamment l'exécution du mandat. Mais telle n'est pas la situation respective de l'incapable et du ministère public : l'incapable n'est pour rien dans la fixation du domicile d'élection, et, au contraire, celui qui l'a déterminé n'encourt aucune responsabilité vis-à-vis de lui. Et l'on voudrait que dans une situation si différente, l'incapable fût exposé à à une déchéance dont rien ne lui a révélé l'imminence !

De tout le système du Code de procédure, nous voyons

Digitized by Google

ressortir que la loi veut que les défendeurs soient touchés des significations qu'elle prescrit dans leur intérêt; ce n'est pas une vaine formalité que des équivalents puissent suppléer. Le requérant, ou plutôt l'huissier, son agent responsable, doit se livrer à toutes les recherches raisonnables pour que l'exploit arrive à son but, et la loi prend soin d'indiquer les mesures équipollentes à prendre dans le cas où le défendeur ne sera pas trouvé, ni personne qui puisse ou veuille recevoir l'acte pour lui. Cette règle ne doit pas plus être négligée en matière de sommation de produire que dans toute autre. Lorsqu'il s'agit de sommation tendant à purge légale, l'exploit doit être signifié à domicile réel de l'incapable ou de son représentant; cela est bien entendu puisqu'il n'y a pas encore de domicile élu; mais il ne suffirait pas de laisser l'exploit à ce domicile sans se préoccuper de savoir s'il a chance d'être remis à celui qu'il concerne. L'huissier manquerait à son devoir s'il laissait, par exemple, la copie au concierge, ou même au mari ou au tuteur. Il devra demander à parler à la femme, rechercher le subrogé tuteur, s'il y en a un. Quand c'est contre la femme mariée qu'il procède, une copie doit être remise au mari pour la validité, mais la copie de la femme doit être remise à elle-même ou à quelqu'un chargé de la lui faire tenir, autre que le mari; si elle a une habitation séparée, la commission du Corps législatif a fait rejeter, avec raison, l'obligation de lui remettre la copie parlant à sa personne, à cause de l'impossibilité où l'on se trouverait souvent d'y parvenir; mais il ressort de la discussion, que l'on a voulu que le possible fût tenté pour l'adresser à la femme.

Pourquoi donc toutes ces raisons cesseraient-elles d'avoir leur poids quand il s'agit de faire valoir les droits hypothécaires dans un ordre, alors que la situation est bien plus grave que lorsqu'il n'est question que d'inscrire une hypothèque; car, dans cette occurrence, le droit de l'incapable sera toujours sauvegardé par la ministère public, tandis qu'à l'ordre personne n'a un mandat légal d'agir pour l'incapable équivalent à celui de l'article 692 du Code de procédure civile? La femme mariée, le tuteur pour son pupille, ne peuvent donner mainlevée de l'hypothèque légale ou en consentir la restriction qu'en suivant certaines formalités très-gênantes. Et la loi aurait organisé elle-même un biais, un

Digitized by Google

moyen subreptice à l'aide duquel elle permettrait d'éluder toutes les mesures de protection qu'elle a jugées nécessaires ! C'est déjà bien assez que la forclusion puisse atteindre les incapables quand eux ou leurs représentants auront été mis en demeure, que l'on puisse induire de leur silence ou de leur inaction une présomption de renonciation, et que l'on considère cette renonciation comme valable. L'intérêt certain du crédit a paru devoir l'emporter sur l'intérêt, toujours incertain, de l'incapable. Mais encore faut-il, pour qu'il soit possible d'en arriver là, que la présomption ait une base assurée, que l'on soit certain que l'incapable ou son représentant a au moins eu connaissance effective de la mise en demeure qui lui était destinée, pour que son silence ou son abstention puissent constituer une présomption de renonciation ; autrement, la connaissance de la mise en demeure ne résultant que par présomption de sa signification au parquet, on aurait une présomption basée sur une autre présomption, ce qui est contraire à tous les principes dont les articles 1349 et 1353 du Code civil sont l'expression [1].

S'en remettra-t-on au représentant légal de l'incapable du soin de faire valoir ses droits, c'est-à-dire au mari ou au tuteur? Mais il s'agit précisément de la distribution du prix de ses biens, et dans la circonstance leurs intérêts sont contraires. La femme majeure pourrait bien agir directement avec l'autorisation de son mari, ou, en cas de refus, avec celle de justice; mais elle est sous l'influence du mari. Quant au mineur et à l'interdit, ils ont bien un protecteur indiqué pour ces circonstances spéciales, c'est le subrogé tuteur, mais il arrivera souvent qu'il n'y en aura pas de nommé. Mais là n'est pas la question, car ce n'est pas l'agent qui fait défaut, c'est le moyen de le faire agir qui est inefficace.

La discussion de la loi devant le Corps législatif a soulevé un incident dont on pourrait peut-être tirer argument contre notre opinion. On demandait que la loi prescrivît formellement la signification à personne de la femme de la dénoncia-

[1] Le Conseil d'État n'admettait cette présomption de renonciation *qu'après l'ordre*, comme l'énonçait M. de Parieu dans son explication que nous avons transcrite plus haut : « quant aux renonciations qui pourraient être faites ultérieurement, après l'ordre, la loi n'a pas à y intervenir, l'œuvre de protection des législateurs est accomplie. »

Digitized by Google

tion tendant à purge prescrite par l'article 692, et que, quant au subrogé tuteur, cette dénonciation n'eût lieu que *s'il y en a un*. Ces deux amendements ont été repoussés, quant à la femme, parce qu'ils seraient souvent d'une exécution impossible, et quant au subrogé tuteur, parce que tout en reconnaissant qu'en fait il arrive fréquemment, dans les tutelles légales surtout, qu'il n'existe pas de subrogé tuteur nommé, ce qui laisse le mineur ou l'interdit sans défenseur en cas d'opposition d'intérêts avec son tuteur, il n'y avait cependant pas lieu de se préoccuper de cette circonstance. M. Guyard-Delalain, président de la commission du Corps législatif, ayant demandé aux commissaires du Gouvernement d'expliquer les motifs de ce rejet, M. de Parieu répondit que « c'était là une question de détail qui ne pouvait trouver place dans le texte de la loi; elle est du ressort de la jurisprudence. Le Conseil d'État a cru devoir rester dans les termes du Code civil, régler ce qui était général et réserver les détails. Mais au fond, en ce qui concerne le subrogé tuteur et les héritiers des incapables, la pensée des commissaires du Gouvernement est la même que celle de la commission; ils sont d'avis qu'il n'est pas nécessaire d'instituer un subrogé tuteur lorsqu'il n'en existe pas, ni de rechercher les héritiers au delà du domicile de l'incapable décédé[1]. » Faudrait-il, par analogie, induire de là qu'il était dans la pensée des législateurs de s'en tenir aux mesures prescrites sans avoir égard aux situations particulières de quelques incapables? Faudrait-il surtout en conclure que le Conseil d'État, après avoir exigé la manifestation de l'hypothèque légale, ait aussitôt abandonné ceux qu'elle concerne, cédant ainsi aux observations de quelques députés sur l'inutilité que, selon eux, présentait, dans bien des cas, cette hypothèque? Nous ne pensons pas que telle fût leur pensée, car, outre qu'il s'agit uniquement ici de la mise en demeure tendant à inscrire l'hypothèque légale, l'intérêt de l'incapable se trouvait d'ailleurs suffisamment garanti par l'injonction faite au ministère public de la requérir, sans qu'il y eût nécessité de prévoir législativement les mesures d'application nécessaires pour que les incapables ou leurs représentants remplissent de leur côté la même formalité.

[1] *Moniteur* du 14 avril 1858.

Digitized by Google

La véritable pensée du Conseil d'État, celle qu'il a fait prévaloir au Corps législatif lors de la discussion de la loi à propos de tous les amendements qui étaient proposés pour rendre la loi plus explicite, est celle que formulait M. de Parieu dans le passage cité plus haut. C'est qu'on n'avait qu'à régler ce qui était général et réserver les détails à la pratique et à la jurisprudence. C'eût été sortir du rôle de législateur que de porter la préoccupation pour les intérêts des incapables jusqu'à réglementer l'application de la loi. Voici une autre preuve à la fois de cette préoccupation et des sentiments qui l'ont fait surmonter. Nous rentrons ici dans le vif de la question, car c'est à propos de l'article 753 que s'est produit l'incident dont il nous reste à parler. Le projet de loi proposait une double sommation de produire aux incapables, l'une par le poursuivant l'ordre, l'autre par l'adjudicataire : « Par un surcroît de garantie, dit l'exposé des motifs, qui devra imposer silence à la critique, l'adjudicataire va être chargé d'ajouter la sommation de produire à celle que doit faire le poursuivant à la femme du saisi, aux femmes des précédents propriétaires, au subrogé tuteur des mineurs et interdits, aux mineurs devenus majeurs, et copie en est notifiée au procureur impérial. — On peut dire après cette dernière précaution, rapprochée du droit de préférence à exercer sur le prix, même en l'absence d'inscription, que jamais hypothèque légale n'aura été mieux protégée. »

En effet, c'était un veritable luxe de précautions : mais cette dernière sommation était, dit le rapporteur de la loi au Corps législatif, une rançon payée à l'opinion des contradicteurs de la mesure qui confère la purge au poursuivant la saisie. La commission a trouvé la rançon trop chère, et elle a proposé purement et simplement l'élimination de l'alinéa relatif à ces sommations exigées de l'adjudicataire, en se fondant avec raison sur ce que cette obligation était sans sanction en ce qui le concerne, et qu'elle occasionnerait d'ailleurs souvent des frais considérables lorsqu'il se trouvera plusieurs adjudicataires ayant chacun de leur côté à faire une sommation à un nombre plus ou moins grand de femmes ou de pupilles de précédents propriétaires. Il était plus sage de s'en tenir aux hypothèques légales existant du chef du saisi seulement.

Digitized by Google

Ces deux incidents font ressortir, pour ce qui touche notre sujet, deux tendances opposées, l'une du Conseil d'État à prescrire les plus méticuleuses garanties; l'autre, de la commission, à considérer l'hypothèque légale comme à peu près inutile : le premier protégeant à outrance les incapables, la seconde défendant le crédit et la facile transmission des biens contre des manifestations d'hypothèques légales sans utilité effective pour ceux qu'elles concernent, et propres seulement à paralyser la libération des capitaux engagés dans des placements immobiliers. Un rapprochement s'effectua et le Conseil d'État renonça à un formalisme évidemment exagéré, mais en maintenant son principe.

Ainsi, quant aux incapables, au lieu de deux sommations de produire qui se trouvaient dans le projet de loi, dont l'une seulement peut être efficace, il n'en est plus resté dans la rédaction définitive qu'une seule, tout à fait insuffisante si l'on s'en tenait à la lettre. Mais, pour bien saisir l'intention des législateurs, il ne faut pas perdre de vue les motifs qui firent retirer la première; ce qui a été abandonné par le Conseil d'État, c'est moins la sommation à domicile réel que la sommation vraiment surérogatoire à faire par l'adjudicataire que l'on impliquait activement dans la poursuite d'ordre sans utilité et sans garantie; car pour ce qui est de la sommation au parquet, la commission ne se faisait pas illusion sur son inanité; c'est encore M. Riché, son rapporteur, qui nous le dit à propos de la sommation par l'adjudicataire : « Et cette copie au procureur impérial, pourquoi? Il n'a pas d'inscription à requérir! Croit-on qu'il écrira souvent aux femmes ou aux subrogés tuteurs épars dans son arrondissement? » Peut-on croire après cela que, dans la pensée de ceux qui ont préparé, étudié, discuté et voté l'ensemble de la loi, la sommation de produire adressée à domicile élu au parquet ait été considérée comme répondant à leur vœu et sauvegardant les intérêts qu'ils avaient en vue? Il n'y a, du reste, eu aucune discussion au Corps législatif au sujet de l'article 753, qui est, quant aux créanciers inscrits, la reproduction pure et simple de l'ancien article, ce qui prouve que l'on a entendu rester dans les généralités.

Mais ce qui achèvera de nous faire comprendre que cette idée de la sommation au domicile réel était bien, en prin-

Digitized by Google

cipe, celle du Conseil d'État et du Corps législatif, c'est qu'on y revient en matière d'attribution de prix lorsqu'il y a moins de quatre créanciers inscrits; la distribution du prix est alors réglée par le tribunal, jugeant, comme en matière sommaire, sur assignation signifiée à personne ou domicile, porte l'article 773. Des auteurs ont pensé que, nonobstant cette disposition, on pourrait encore, comme cela se pratiquait sous l'empire du Code de 1806, assigner les créanciers inscrits à leurs domiciles élus en conformité des articles 111, 2148, 2156 du Code civil (Ollivier et Mourlon, n° 530). Mais on décide généralement que les termes de l'article 773 sont trop formels pour autoriser ce mode de procéder. On a expliqué cette différence entre les délais impartis par les articles 753 et 773 à l'effet de se présenter à la répartition, par cette raison que, dans l'ordre, on a quarante jours pour produire, tandis que le délai de l'assignation devant le tribunal est seulement de huitaine et ne suffirait pas pour avertir les créanciers et les mettre en état d'y défendre si l'exploit était signifié à leur domicile élu. Cette raison ne nous paraît guère acceptable; car si la loi, malgré son désir d'abréger les délais, a cru devoir accorder aux créanciers, dans l'article 753, quarante jours au lieu de trente que donnait l'ancien Code de procédure, c'est que ce délai a paru nécessaire pour préparer les productions; sinon il eût été beaucoup plus simple de prescrire aussi dans ce cas la signification à domicile réel, et l'on eût, dans la plupart des cas, gagné plusieurs jours; car ce n'est que très-exceptionnellement que l'on rencontrera la nécessité d'observer des délais de distance équivalant aux trente-deux jours formant l'excédant entre le délai de huit jours de l'ajournement de droit commun et les quarante jours accordés par l'article 753 du Code de procédure. Il faut avouer, du reste, qu'il est assez difficile de s'expliquer pourquoi dix jours suffisent quand il s'agit d'ordre amiable (art. 751), tandis qu'il en faut quarante quand l'ordre est judiciaire, alors que le créancier a déjà été averti par ce préliminaire de conciliation [1].

[1] Ce ne sont pas, du reste, les seules anomalies que présente l'attribution de prix comparée à l'ordre judiciaire; il y a encore des différences quant au délai d'appel, les conclusions du ministère public exigées en appel et

Digitized by Google

V

La jurisprudence a été appelée à donner son avis sur la question qui nous occupe, et elle l'a tranchée contrairement à l'opinion que nous émettons. Mais les considérations que nous avons fait valoir sont tellement puissantes qu'elles s'imposent malgré tout, et que cette jurisprudence, tout en déclarant que les termes de l'article 753 sont absolus, arrive en définitive à un résultat analogue par des moyens détournés. C'est ce qu'a fait la Cour d'Aix dans un arrêt du 28 janvier 1871, le seul explicite sur la question que j'aie découvert. Le tribunal de Forcalquier avait statué en ces termes par jugement du 10 septembre 1870 :

« Attendu que... l'épouse du sieur J. a formé contre le règlement provisoire de l'ordre des contredits pouvant se ramener aux suivants : 1° le délai de quarante jours, imparti par l'article 748 du Code de procédure, n'est pas un délai fixe qui ne puisse être augmenté à raison des distances entre le domicile réel de la femme et celui de l'ouverture de l'ordre; 2° la sommation de produire n'est pas valablement faite pour la femme au parquet du procureur de la République, qui a pris au nom de celle-ci une inscription d'office sur les biens du mari; 3° enfin l'autorisation du mari ou de justice devait être obtenue par la femme pour figurer à l'ordre, et, à défaut par celle-ci de l'avoir demandée, c'était au poursuivant qu'incombait le devoir de provoquer cette autorisation;

« Attendu, *quant au délai*, qu'il faut reconnaître que, la loi de 1858 ayant surtout pour but d'apporter la célérité dans la marche des procédures d'ordre, et ayant accordé pour la production dix jours de plus que la loi ancienne, on doit décider en principe que ce délai ne saurait être augmenté vis-à-vis des créanciers assujettis à l'inscription de leurs créances, la loi voulant qu'ils soient sommés au domicile par eux élu dans leur inscription, et ce domicile tenant lieu pour eux du domicile réel; mais qu'il doit en être autrement

qui ne le sont pas en première instance; preuve que tout n'a pas été bien mûrement réfléchi dans cette loi et qu'il faut s'attacher plus à son esprit qu'à son texte quand il en résulte un avantage pour les intéressés.

Digitized by Google

toutes les fois où, comme dans l'espèce actuelle, il s'agit d'un créancier hypothécaire dispensé d'inscription, qui ne s'est point inscrit et n'a, par conséquent, fait aucune élection de domicile; que, dans ce cas, il est de toute justice que le délai imparti à la femme pour produire soit augmenté en raison de la distance existant entre son domicile réel et celui où la production doit se faire;

« Attendu, *quant à la sommation de produire*, que, par application des principes ci-dessus exposés, il faut décider qu'elle doit être faite au domicile réel de la femme, et qu'on ne peut sommer valablement celle-ci au parquet du procureur de la République; qu'en effet le procureur de la République, lorsqu'il prend inscription au nom de la femme, fait un acte purement conservatoire, qui ne sera suivi pour lui d'aucune immixtion dans les actes ayant pour but de réaliser l'hypothèque légale; que c'est à la femme seule qu'il appartient de comparaître à l'ordre et d'y défendre ses intérêts; que dès lors on comprend combien il serait préjudiciable aux intérêts de celle-ci que la sommation, en ce qui la concerne, ne dût pas la toucher; qu'il arrivera le plus souvent que le procureur de la République, ne connaissant pas le domicile de la femme, ne lui adressera pas la sommation qu'il aura reçue en son nom, et que des intérêts que la loi a voulu protéger d'une façon toute spéciale seront ainsi sacrifiés; que, par des considérations analogues, il y a lieu de placer la femme sur un pied d'égalité avec le vendeur de l'immeuble, qui doit, par une faveur spéciale de la loi, être sommé à son domicile réel;

« Attendu, *quant au troisième chef*, que, pour figurer dans une instance judiciaire, la femme, même séparée de biens doit toujours être autorisée de son mari ou de justice; que, si l'on peut soutenir que l'ordre amiable ne constitue pas une instance dans le sens rigoureux des termes, il ne saurait en être ainsi lorsque, la tentative de conciliation ayant échoué, l'ordre judiciaire a été ouvert; que, pour y paraître et y défendre ses droits, la femme devait être autorisée; qu'à défaut d'une demande d'autorisation de la part de la femme, c'était au poursuivant de provoquer cette autorisation, à peine de nullité de la procédure; que dès lors que cette formalité n'a pas été remplie (car on ne saurait considérer la

Digitized by Google

sommation faite au mari en sa qualité de débiteur saisi comme une mise en demeure d'autoriser sa femme), le défaut d'autorisation peut être opposé par la femme au poursuivant;

« Le tribunal, accueillant les contredits formés au nom de l'épouse J. contre le règlement provisoire de l'ordre ouvert sur les biens du sieur J., son mari, et autorisant, en tant que de besoin, ladite femme à ester en jugement, réforme ledit règlement provisoire; dit que c'est à tort encore que le poursuivant n'a pas provoqué l'autorisation de cette femme, et annule la procédure d'ordre suivie, etc. »

« Sur l'appel, la Cour : En ce qui concerne la validité de la sommation : — Attendu qu'il résulte du texte de l'article 753 du Code de procédure, de la discussion à laquelle son adoption a donné lieu, et du but que se proposait d'atteindre le législateur de 1858, que, même dans le cas où l'hypothèque légale existant en faveur de la femme mariée a été inscrite à la requête du ministère public avec élection de domicile au parquet, c'est à ce domicile que la sommation doit être faite ;

« Quant au délai pour produire à l'ordre : — Attendu que l'article 754 du Code de procédure est formel et absolu ; qu'il accorde à tout créancier indistinctement un délai de quarante jours ; que ce délai ne saurait être susceptible d'une augmentation à raison des distances en faveur de la femme dont l'hypothèque a été inscrite à la requête du ministère public avec élection de domicile en son parquet; que, dès lors, les premiers juges ont fait une fausse application des articles 753 et 754 du Code de procédure civile;

« Mais, en ce qui concerne le défaut d'autorisation maritale, adoptant les motifs des premiers juges; — Confirme, etc. »

Il nous paraît difficile d'accepter la doctrine de cet arrêt sur le premier et le troisième moyen qui ont déterminé la Cour.

Et d'abord, quant à ce qui concerne l'article 753, c'est sans doute par erreur que la Cour vise la discussion à laquelle il a donné lieu, puisqu'il a été adopté sans aucune discussion[1]

[1] « L'article 751 est adopté, ainsi que les articles suivants, jusques et y compris l'article 760. » (*Moniteur* du 15 avril 1858.)

Digitized by Google

au Corps législatif. A la vérité, comme nous l'avons vu, la commission a obtenu du Conseil d'État la suppression de la disposition du projet de loi relative à la seconde sommation de produire imposée à l'adjudicataire; mais nous avons discuté ce point et nous avons constaté que rien dans le rapport de M. Riché n'autorise à supposer que la pensée du Conseil d'État et de la commission fût, comme le dit l'arrêt, que même dans le cas où l'hypothèque légale a été inscrite par le ministère public avec élection de domicile au parquet, c'est à ce domicile élu que la sommation doit être faite. Bien loin de là, c'est la pensée contraire qui en résulterait, puisque la commission, pour faire rejeter la seconde sommation imposée à l'adjudicataire avec dénonciation au parquet, s'est fondée précisément sur l'inanité de cette dénonciation. Nous nous rappelons les paroles bien péremptoires de M. Riché : « Et cette copie au procureur impérial, pourquoi? Croit-on qu'il écrira souvent aux femmes et aux subrogés tuteurs épars dans son arrondissement? »

Quant au troisième moyen, la pensée du tribunal et de la Cour n'apparaît pas bien nette. Il semble que, dans l'espèce, la sommation de produire avait été adressée à la femme seule, sans mention du mari pour la validité, et que si une signification avait été faite au mari, ce n'était qu'en sa qualité de saisi. Dans cette hypothèse la sommation de produire était incomplète, irrégulière, et pouvait être déclarée nulle; si c'est dans ce sens que le tribunal et l'arrêt ont décidé qu'à défaut d'une demande d'autorisation de la part de la femme, c'est au poursuivant à provoquer cette autorisation, les décisions sur ce point repoussent toute critique. Mais il semble bien qu'elles ont voulu aller plus loin et prescrire au poursuivant l'obligation de faire habiliter la femme avant toute chose; théorie qui ne saurait être admise, car on est à peu près unanime à reconnaître que, quand la femme est défenderesse, il suffit de mettre en cause le mari pour provoquer de sa part une autorisation qui, dans le cas où il s'abstiendrait, serait suppléée par celle de justice; quoi qu'il en soit, on ne pourrait admettre ce considérant que la femme, même séparée de biens, ne peut sister à l'ordre sans une autorisation préalable. La solution contraire ne paraît souffrir aucune difficulté, car la production à l'ordre est une mesure con-

Digitized by Google

servatoire. (V. Chauveau, *Proc. de l'ordre*, quest. 2555, *nov.* — Ollivier et Mourlon, *Comment. de la loi du* 21 *mai* 1858, n° 376.—Audier, *Code des distr.* sur l'art. 733.) Et de même qu'il est constant qu'elle peut requérir seule l'inscription de son hypothèque légale, de même elle peut se présenter à l'ordre pour requérir sa collocation, et à défaut de son mari de l'assister, elle serait en tant que de besoin habilitée par le juge-commissaire. Il faudrait en dire autant du mineur ou de l'interdit, et à plus forte raison des prodigues (art. 2139 C. civ.).

Mais ce second point est en dehors de la question qui fait l'objet de cette étude, et il nous suffirait de faire ressortir combien, en ce qui la concerne, a peu de force l'argument du seul arrêt qui existe en présence des motifs des premiers juges et des considérations que nous avons développées ici. Telle est aussi l'opinion qu'émet incidemment M. Audier sur ce point délicat (*J. des av.*, 1865, p. 241).

VI

Nous avons démontré : 1° que le législateur, dans la loi du 21 mai 1858, a voulu protéger par tous les moyens les incapables et leur assurer la faculté de faire valoir leurs droits;

2° Que, dans ce but, il a édicté l'inscription d'office de leur hypothèque par le ministère public;

3° Que l'élection d'un domicile n'est pas substantielle, surtout dans cette inscription d'office; qu'elle est même dans certains cas contraire à l'esprit de la loi; qu'en conséquence le procureur de la République ne doit élire de domicile pour les incapables qu'autant que leur domicile réel n'assurerait pas le moyen de faire parvenir la sommation de produire entre les mains de l'incapable ou de son représentant,

4° Qu'au contraire l'élection de domicile au parquet neutraliserait l'effet de l'inscription que le législateur a voulu forcer de se manifester dans tous les cas.

Nous en avons conclu : 1° que, pour ne pas fourvoyer la sommation de produire, le ministère public ne doit pas élire de domicile quand elle pourra plus sûrement parvenir au domicile réel;

2° Que, dant le cas où cette élection de domicile ne pour-

Digitized by Google

rait pas être évitée, comme dans celui où elle aurait été indûment indiquée, il faudrait suppléer à ce qu'elle présente de défectueux comme mise en demeure pour l'exécution sérieuse de l'article 753 du Code de procédure civile, par une sommation de produire faite à personne ou domicile suivant les règles du droit commun (art. 69 C. pr. civ.).

En adoptant cette solution, nous n'avons pas heurté le texte de l'article 753, mais nous avons suppléé par une interprétation qui est dans son esprit à l'insuffisance de son texte. Il ne s'agit, dans tous les cas, que d'une application de détail. La pratique a souvent à combler les lacunes de la loi, et c'est à la jurisprudence à en consacrer les usages. C'était ici utile plus que jamais. Les législateurs ne se sont pas dissimulé que bien des points de détail resteraient à résoudre, et pour que le silence de la loi ne pût servir de prétexte à une interprétation exclusive, le commissaire du gouvernement, les orateurs eux-mêmes qui ont pris part à la discussion en ont fait plusieurs fois la remarque. La nouvelle loi cependant avait cru devoir résoudre plusieurs difficultés de doctrine et de jurisprudence que présentait l'ancienne; des amendements ont été proposés pour en prévenir d'autres; ils ont pourtant été écartés, non pas que l'on en repoussât l'esprit, mais parce que l'on a reconnu avec raison qu'il fallait laisser à la pratique et à la jurisprudence le soin de réglementer ces détails. Nous pensons que tel est le sort de la question que nous avons examinée. E. DRAMARD.

QUELQUES MOTS

SUR L'ORGANISATION DU MOUVEMENT PROGRESSIF DE LA SCIENCE

EN FAVEUR

DE LA CODIFICATION DU DROIT DES GENS

ET DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL.

Par M. Ch. Lucas, membre de l'Institut de France.

Nous avons indiqué, dans nos deux mémoires lus à l'Académie des sciences morales et politiques, qu'on ne pouvait

Digitized by Google

arriver à la codification du droit des gens et à la consécration pratique de l'arbitrage international que par le double concours de la science et de la diplomatie, et seulement encore par l'action progressive de ce double concours. Nous dirons ici en quelques mots ce que l'arbitrage international doit en attendre.

En faisant appel au concours de la science, nous avons indiqué la puissance de son action individuelle qu'atteste le droit romain lui-même, qu'on a appelé et qu'on appelle encore la raison *écrite*, et qui ne doit, pour ainsi dire, son autorité qu'à celle d'opinions et de décisions individuelles. Mais nous avons montré combien plus puissant encore devait être le concours de la science, si l'on savait habilement et sagement organiser et utiliser l'action collective de ce que nous avons appelé son gouvernement intellectuel, se composant des Congrès scientifiques internationaux, qui en étaient les états-généraux, et des académies, qui devaient en être les sénats modérateurs.

Ce qui se passe en ce moment sous nos yeux prouve qu'on ne pouvait demander assurément à la science de faire des efforts plus actifs et plus empressés pour seconder, par son action collective, le développement progressif de la codification du droit des gens et de l'arbitrage international.

Des appels ont été faits à d'éminents jurisconsultes et publicistes d'Europe et des États-Unis, et deux réunions vont avoir lieu, l'une le 8 septembre, à l'hôtel de ville de Gand, qui doit délibérer sur l'organisation d'une action collective et permanente, de la science, sous le titre d'Institut ou Académie de droit international, en vue de favoriser l'étude et les progrès du droit des gens; et l'autre le 28 octobre [1], à Bruxelles, où l'*International Code committee* a adressé de

[1] Cet article de M. Lucas a été écrit, comme l'indique sa rédaction, avant la conférence internationale qui a eu lieu à Gand, et qui a réussi à fonder l'Institut permanent de droit international pour la codification du droit des gens et la consécration de l'arbitrage. C'est un événement dont on appréciera le haute importance dans l'ordre juridique, moral et politique.

La réunion de la conférence de Bruxelles, qui doit avoir pour objet de fonder l'institution du Congrès annuel de droit international, heureuse combinaison qui vient écarter de l'Institut créé à Gand le danger de l'immobilité auquel la permanence expose les Académies, avait été en effet fixée au 28 octobre; mais elle vient de l'être à une époque plus rapprochée

Digitized by Google

New-York à des publicistes renommés d'Europe et des États-Unis, l'invitation de se réunir en Congrès pour s'entendre sur la meilleure manière de préparer un Code de droit international, qui contiendrait dans ses dispositions la reconnaissance de l'arbitrage comme moyen de terminer les querelles entre les nations.

Ainsi, l'action collective de la science se produit déjà sous les deux aspects qui nous avaient paru devoir la caractériser : celui, d'un côté, des éléments mobiles du Congrès, et celui, d'un autre côté, des éléments permanents du corps académique.

Ce n'est pas ici le moment d'examiner au point de vue critique les statuts longuement élaborés de la constitution académique qui doit se discuter à Gand, et les circonstances qui se rattachent à cette élaboration. Ce n'est pas davantage le moment de se prononcer entre les deux opinions, dont l'une réclamait pour le Congrès de Bruxelles un programme bien défini à l'avance ; et dont l'autre a pensé, au contraire, que le principal objet de ce Congrès devait être de s'entendre sur ce programme et de le définir.

Le seul point de vue auquel nous voulons nous placer ici, c'est de montrer qu'on a eu tort de s'émouvoir un peu peut-être de la coexistence de ces deux réunions, qui ont semblé à quelques-uns de nature à affaiblir l'action collective de la science en la divisant, et à compromettre ainsi l'efficacité que devait en attendre le développement progressif du droit des gens et de l'arbitrage international.

Les deux réunions de Gand et de Bruxelles sont les deux grands courants naturels de l'action progressive de la science ; mais on a eu seulement le tort de ne pas assez réfléchir qu'un fleuve n'existe guère que par ses affluents, et que c'étaient les affluents de ces deux grands courants qu'il fallait d'abord créer pour les alimenter.

Le premier besoin, selon nous, de l'organisation collective de la science pour aboutir au congrès international et à l'Institut international, c'est de créer, chez les divers peuples, des sociétés locales pour le progrès du droit des gens et de l'arbitrage international, ainsi que quelques pays nous en offrent déjà le précédent par des associations de juristes. C'est ce précédent qu'il faut étendre et généraliser, et alors

Digitized by Google

disparaîtront les objections qui s'élèvent contre l'efficacité pratique, soit d'un Congrès, soit d'un Institut international pour le progrès du droit des gens, et qui s'adressent principalement aux difficultés d'en déterminer la composition et les attributions.

On objecte, en effet, que pour les Congrès scientifiques internationaux il n'y a guère eu jusqu'ici de règle d'admission. De là deux graves inconvénients, celui du trop grand nombre de membres parmi lesquels l'affluence des médiocrités peut compromettre l'utilité scientifique de ces Congrès; et celui encore de laisser par la force des choses la majorité des membres se recruter dans le pays même où se tient le Congrès ou dans quelques pays limitrophes, ce qui en efface le caractère international.

Les objections précitées ne semblent plus se rencontrer, il est vrai, dans la constitution académique d'un institut permanent pour l'étude et le progrès du droit des gens, qui ne se compose nécessairement que d'un nombre limité de membres choisis. Mais sans parler de la solution délicate de la question du choix, on objecte que le travail en commun n'est pas possible; qu'un pareil institut ne saurait avoir des séances même mensuelles, parce qu'on ne pourrait s'y rendre des quatre coins de l'Europe; que les membres des pays limitrophes participeraient seuls à ses travaux, qui n'auraient plus ainsi un caractère international.

La réponse à ces objections est dans la création par chaque pays de Sociétés nationales pour le progrès du droit des gens et de l'arbitrage.

Il est évident qu'il ne peut être question que d'une session annuelle pour le Congrès et pour l'Institut international. Or, les Sociétés nationales formeraient naturellement le grand corps électoral appelé à désigner les membres délégués chaque année pour la session du Congrès international et ceux choisis pour former pendant un certain nombre d'années les titulaires rééligibles de l'Institut permanent.

De cette façon il n'y aurait plus à craindre pour la composition du Congrès le double inconvénient du trop grand nombre et de l'invasion des médiocrités; et quant à l'Institut, sa composition présenterait les garanties désirables auxquelles on pourrait encore ajouter celle de conditions d'éligibilité

Digitized by Google

imposées aux sociétés nationales, et sa réunion pour une session annuelle ne présenterait plus les difficultés d'un travail en commun en séance mensuelle.

A l'égard de la question des attributions, celles du Congrès annuel seraient de deux sortes: d'abord d'indiquer le nombre très-restreint des questions qui seraient mises à l'ordre du jour des délibérations de la session suivante et recommandées à l'étude des Sociétés nationales, afin que les délégués pussent apporter au Congrès l'esprit et les résultats de leurs délibérations.

Le Congrès aurait de plus à délibérer sur les rapports des délégués des différentes Sociétés nationales relatifs aux questions mises à l'ordre du jour de sa présente session.

Après avoir été soumises à ces deux degrés d'élaboration par les Sociétés nationales et le Congrès international, ces questions auraient une troisième épreuve à subir, celle de l'examen de l'Institut international; et ce serait là pour cet Institut sa plus importante attribution et le principal objet de sa session annuelle.

Ainsi donc, dans l'œuvre progressive de la codification du droit des gens et de la consécration pratique de l'arbitrage international, l'action collective de la science préparerait par l'imposante garantie de ces trois degrés d'examen la maturité des solutions, sur lesquelles elle appellerait le concours et la sanction de la diplomatie.

Pour assurer alors à la science la légitime influence qu'elle doit être appelée à exercer sur les décisions de la diplomatie, il faudrait élever les principes dont elle demande la consécration à la puissance d'un sentiment national.

Ce serait à l'initiative de l'opinion publique à provoquer par le pétitionnement l'initiative parlementaire, et à celle-ci à son tour, par ses discussions et par ses votes, à stimuler l'initiative gouvernementale et diplomatique. C'est ainsi que se conçoit et s'explique le programme que nous avons développé devant l'Institut sur le double concours de la science et de la diplomatie. C'est de la première que doivent venir la lumière et l'impulsion et de la seconde la sanction.

Il ne faut donc pas s'émouvoir des deux réunions qui vont avoir prochainement lieu à Gand et à Bruxelles. Chacune de ces réunions a sa raison d'être; il faut respecter leur indé-

Digitized by Google

pendance mutuelle et reconnaître leur utilité respective dans l'intérêt bien entendu de l'arbitrage international. Ces deux réunions semblent appelées à rendre d'abord un grand service à la cause de la codification du droit des gens et de l'arbitrage international en stimulant dans tous les pays l'organisation de Sociétés nationales pour ce double objet; car cette organisation est la condition vitale de l'existence du Congrès comme de celle de l'Institut permanent. S'il entrait dans cet ordre d'idées, le Congrès de Bruxelles aurait de plus à déterminer et à rédiger le petit nombre de questions qui devraient être portées à l'ordre du jour de sa session de 1874, et à ce titre recommandées à l'étude des Sociétés nationales.

Quant à la réunion de Gand, elle aurait à délibérer sur les questions délicates qui se rattachent à la fondation[1] de cet Institut spécial de droit international, en évitant l'écueil des prétentions exagérées, et notamment celui de rattacher l'exercice d'une suprématie à cet Institut, qui ne doit être appelé qu'à donner à l'examen scientifique une garantie de plus de maturité.

Les deux réunions de Gand et de Bruxelles, résultat d'un appel fait aux juristes parmi les plus renommés en Europe et aux États-Unis, peuvent encore rendre un immense service, celui de préparer l'autorité du précédent de la consécration diplomatique de l'arbitrage international que le monde civilisé attend d'une glorieuse initiative de l'Angleterre et des États-Unis.

Rien peut-être ne saurait contribuer davantage à amener ce résultat d'une si haute valeur, que les relations scientifiques qui s'établiraient entre l'Angleterre et les États-Unis, du moment où chacun de ces deux pays aurait une Société nationale de juristes et publicistes qui travailleraient à la consécration pratique entre ces deux grands peuples du principe de l'arbitrage international.

Au résumé, ces quelques mots ont été écrits en vue de deux choses bien importantes et bien urgentes :

[1] C'est ce que vient de faire, en effet, la conférence de Gand qui s'est principalement attachée à constituer l'existence et les statuts de l'Institut de droit international dont les sessions doivent être annuelles, et qui a mis la question de l'arbitrage international à l'ordre du jour de sa session de 1874 qui aura lieu à Genève.

Digitized by Google

La première pour démontrer l'utilité respective des deux réunions de Gand et de Bruxelles, et de ne pas permettre ainsi que l'esprit d'antagonisme puisse s'y introduire.

La seconde afin de remplir un devoir qui existe pour chacun et pour tous, et qui s'impose surtout aux deux réunions de Gand et de Bruxelles, celui de rechercher et de déterminer le meilleur mode d'organiser l'action collective de la science pour le progrès du droit des gens et de l'arbitrage international. CH. LUCAS.

DE L'ACCEPTATION DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

Par M. LESPINASSE, premier avocat général à la Cour d'appel de Pau.

Une question des plus controversées est celle de savoir si l'acceptation d'une donation entre-vifs, faite par une femme mariée sans l'autorisation de son mari ou de la justice, est comme non avenue à l'égard du donateur et le laisse libre de révoquer sa libéralité; ou si la femme peut seule se prévaloir du vice de l'acceptation.

La même question s'élève à l'égard du pupille, lorsque l'acceptation n'a été faite que par lui au lieu de l'être par son tuteur.

Rarement les auteurs ont été aussi divisés. Pour ne citer que les principaux parmi les plus récents, Marcadé, Valette et Demolombe considèrent la nullité comme purement relative. Les donateurs ne sauraient, disent-ils, s'en prévaloir; les donataires seuls peuvent l'invoquer, selon la règle générale tracée par l'article 1125 du Code civil.

L'opinion contraire compte parmi ses partisans Troplong, Magnin, Coin-Delisle, Dalloz et les rédacteurs du recueil de Sirey. (V. t. 56, 1, 6.) Même divergence parmi les tribunaux et les Cours d'appel; mais le seul arrêt que la Cour suprême ait rendu sur la question consacre nettement la doctrine de la nullité absolue.

Dans cet état de lutte entre les deux systèmes, il serait téméraire de soutenir que la question présente peu de difficulté. Cependant nous ne saurions taire qu'à notre avis, l'obscurité qui l'enveloppe est beaucoup moins impénétrable

Digitized by Google

qu'on ne le suppose. Elle peut être grave au point de vue critique de la législation; mais si l'on veut se borner à interpréter les articles du Code qui la régissent, la solution devient, ce nous semble, bien moins ardue. Examinons, en effet, les principaux arguments développés de part et d'autre.

En faveur de la nullité relative, on invoque l'ancien droit interprété par Bourjon et Pothier.

Passant au Code civil, on trouve dans l'article 1125 un principe général éminemment équitable en vertu duquel le contrat passé entre une personne maîtresse de ses droits et un incapable ne lie que la première et laisse au second la faculté de se départir de son engagement. Les articles 932 et suivants du titre des Donations ne sont pas, ajoute-t-on, inconciliables avec cette règle. On y lit bien que les incapables ne peuvent accepter de leur seule autorité, comme ils ne peuvent contracter d'obligations; mais on n'y voit pas qu'ils ne peuvent faire leur condition meilleure et lier le donateur par leur consentement, même irrégulier.

Sans doute les actes de donation ont une solennité particulière, et l'inobservation des formalités prescrites en entraîne la nullité; mais il s'agit ici de capacité beaucoup plus que de solennité et, dès lors, la question retombe sous l'empire du principe posé dans l'article 1125. C'est ainsi que l'hypothèque dont le mineur ne pourrait grever ses biens serait valablement consentie à son profit, malgré l'abstention du tuteur.

Il est vrai que les articles 931 et suivants sont placés sous la rubrique *de la forme des donations;* mais dans la même section se trouvent des textes nombreux qui touchent au fond du droit de disposer, comme la défense de donner les biens à venir, de subordonner la libéralité à des conditions potestatives, de stipuler le droit de retour pour toute autre personne que le donateur.

Si l'article 935 veut que le mineur soit représenté par son tuteur pour accepter une donation, il ajoute : conformément à l'article 463. Or, cette dernière disposition reçoit, sans aucun doute, le tempérament indiqué par l'article 1125, et laisse à la donation tout son effet à l'égard du donateur, malgré l'irrégularité de l'acceptation.

Digitized by Google

Enfin, l'article 905 défend à la femme mariée de donner, comme l'article 934 lui défend de recevoir, sans l'autorisation de son mari. Il ne figure point parmi les textes qui règlent les formes de la donation; il ne résout qu'une question de capacité et, par conséquent, son infraction ne peut donner lieu qu'à une nullité relative. Si cela est vrai, comprendrait-on que la même irrégularité entachât d'une nullité absolue l'acte par lequel la femme se serait enrichie, tandis qu'elle ne produirait qu'une nullité relative à l'égard d'une disposition qui la dépouillerait gratuitement de son bien? Il faut donc admettre que la nullité, purement relative dans l'article 905, l'est également dans l'article 934.

M. Demolombe ajoute encore les considérations suivantes : L'article 225, devançant l'article 1125, avait déjà posé le principe d'après lequel les personnes qui traitent avec une femme mariée, non autorisée par son mari, ne peuvent faire valoir contre elle le défaut d'autorisation. Cette règle est évidemment applicable à tous les agissements qu'énumère l'article 217. Dans ce nombre, se trouve l'acquisition par la femme à titre gratuit. Donc il y a texte formel pour réduire aux proportions d'une nullité relative le vice d'une acceptation faite par la femme non autorisée. L'article 934 confirme pleinement cette induction. Il porte, en effet : La femme mariée ne pourra accepter sans le consentement de son mari, selon ce qui est prescrit par l'article 217. Et l'on vient de voir que d'après cet article, la nullité résultant du défaut d'autorisation maritale est purement relative. L'éminent jurisconsulte ne s'arrête point à l'objection tirée de l'article 1339, suivant lequel les vices de forme dans une donation produisent une nullité tellement absolue qu'elle ne peut être couverte par aucune ratification et que l'acte doit être refait dans la forme légale. La réponse est pour lui dans la nature de l'acceptation qui tient moins à la forme de l'instrument qu'à la capacité du donataire. Si le législateur moderne s'en est occupé en parlant des formalités, c'est qu'il a suivi un peu aveuglément le précédent fourni par l'ordonnance de 1731.

Les articles 938 et 942 lui paraissent peu concluants contre son système. La donation, il est vrai, n'est parfaite qu'après acceptation dûment accomplie et les incapables ne sont

Digitized by Google

point relevés du défaut d'acceptation, sauf leur recours contre les personnes qui devaient la faire pour eux; mais la question reste entière, selon le docte professeur. Il s'agit toujours de savoir s'il y a ou s'il n'y a pas acceptation suffisante pour lier le donateur, lorsqu'elle n'émane que du mineur ou de la femme mariée.

Dans son *Traité des donations entre-vifs*, t. III, n° 219, M. Demolombe semble un peu moins affirmatif, il se contente de dire : La thèse est délicate et fort controversée. Nous avons exprimé ailleurs les *doutes* sérieux qui nous suggère la doctrine contraire à la nôtre, et nous ne pouvons que nous y référer.

MM. Aubry et Rau ont, ce nous semble, trouvé le nœud de la difficulté lorsqu'ils ont dit : *En théorie, la nullité ne devrait être que relative*, mais les articles 932 et suivants prouvent de la part du législateur l'intention bien arrêtée de la rendre absolue.

Rien n'est plus séduisant, en effet, que cette thèse de Marcadé et de M. Demolombe : Dans les obligations conventionnelles, l'incapable qui fait sa condition meilleure oblige le majeur qui a traité avec lui en pleine connaissance de cause; pourquoi ne pas appliquer la même règle aux donations ? Si le consentement du mineur et de la femme mariée est réputé valable par cela seul qu'ils se procurent un avantage l'occasion n'est-elle pas particulièrement opportune de leur accorder ce privilége, lorsqu'il s'agit pour eux de profiter d'une pure libéralité ? C'est donc *à fortiori* que le principe général édicté par l'article 1125 devrait être obervé.

Il y a deux réponses à cet argument, le plus spécieux pourtant de tous ceux qu'on invoque en faveur de la nullité relative. Et d'abord, une considération de haute convenance. Il ne faut pas beaucoup d'efforts pour comprendre que si la femme mariée ne peut accepter une donation sans l'autorisation de son mari, ce n'est pas seulement de l'avantage pécuniaire que le législateur s'est préoccupé, mais surtout d'un intérêt moral. C'est pour le maintien de la paix domestique et de l'autorité conjugale. Conviendrait-il qu'une donation faite à la femme et repoussée par le mari comme attentatoire à son honneur, pût être recueillie par la donataire devenue veuve, malgré la révocation qu'en aurait

Digitized by Google

faite le donateur, et que le scandale un moment étouffé éclatât de nouveau? La donation conférée à un mineur pourrait présenter des inconvénients du même genre. La précaution même qu'on aurait prise d'écarter le tuteur ou d'agir à son insu ne serait-elle pas de nature à éveiller des soupçons sur les causes secrètes de la libéralité? Le législateur a été si précautionné à cet égard, qu'il n'a pas voulu laisser au tuteur seul le pouvoir d'apprécier l'opportunité de l'acceptation, et c'est pour cela principalement qu'il a exigé l'avis du conseil de famille. Il y a donc, même *en théorie*, des motifs sérieux de ne point appliquer aux donations le principe de la nullité relative édicté pour les obligations conventionnelles.

Mais c'est au point de vue de l'intention du législateur que la question doit être examinée. Il ne s'agit pas, en effet, de savoir pour quelle solution il aurait dû opter, mais quelle est celle qu'il a préférée.

Il ne faut pas oublier d'abord que dans l'ancien droit, la nullité des actes passés par la femme non autorisée était absolue comme l'attestent Bourjon (*Droit commun de la France*, t. I, n° 575) et Pothier (*Traité des obligations*, n° 52), et que, sous l'ordonnance de 1731, la doctrine de la nullité absolue en ce qui touche les mineurs était enseignée sans hésitation par Ricard et Furgole. Le rapprochement des textes de notre Code suffit pour montrer que ce précédent a servi de modèle au législateur de 1804.

Suivant l'article 932, il faut que la donation soit acceptée pour lier le donateur. Jusqu'à ce moment il demeure libre de reprendre ce qu'il avait donné. Que faut-il pour que la donation soit valablement acceptée quand le donataire est une femme mariée ou un mineur? Il faut que le mari ou le tuteur interviennent. Sans cela, *point d'acceptation dont la loi tienne compte*, point de lien pour le donateur. L'article 938 ajoute : « La donation *dûment acceptée est parfaite et transfère la propriété au donataire.* » Ainsi, pour que la donation soit *parfaite*, pour qu'elle *dépouille* le *donateur*, pour qu'elle *investisse* le *donataire*, il faut qu'elle ait été *dûment acceptée*. Mais les mots *dûment acceptée* n'ont pas de sens, à moins qu'ils ne signifient une acceptation conforme à ce qui vient d'être prescrit par les articles 934 et 935. D'où il suit

Digitized by Google

que, sans l'accomplissement de ces prescriptions, il n'y a ni *transmission de propriété, ni lien pour le donateur, ni donation réellement existante*, ce qui est la négation la plus complète de la règle tracée par l'article 1125. Rappelons-nous avec quelle rigueur la loi exige que tout soit strictement accompli en cette matière. Non-seulement l'omission de la moindre formalité entraîne la nullité de l'acte, mais il n'est pas permis aux parties intéressées, quel que soit leur bon vouloir, d'en réparer le vice par les ratifications les plus expresses. Elles n'ont d'autre moyen *de donner l'existence à la donation* que de la refaire en entier (art. 1339).

Quelle est parmi les obligations conventionnelles celle qui a été traitée avec cette sévérité? Il ne faut donc pas chercher d'analogies là où le législateur n'a voulu mettre que des différences, et il faut accepter comme l'expression exacte de la pensée qui a dicté les articles 934 et suivants du Code civil, la théorie de la nullité absolue énoncée par le tribun Jaubert.

Il reste à examiner deux objections dont les partisans du système contraire au nôtre croient pouvoir tirer un grand avantage. Ils disent: L'article 934, qui exige l'autorisation du mari pour rendre valide l'acceptation de la femme, renvoie aux articles 217 et 219 (titre du Mariage) où cette autorisation est pareillement requise. Mais l'article 217 a pour corollaire indispensable l'article 225, suivant lequel la nullité résultant du défaut d'autorisation n'est que relative. Donc le caractère relatif de la nullité est consacré par ce texte.

Il nous semble que le seul argument à tirer des dispositions qu'on nous oppose est entièrement favorable à notre opinion. Les articles 217 et 219 prononcent la nullité de tous les actes onéreux ou gratuits consentis par la femme sans l'autorisation du mari ou de la justice. Un peu plus loin se place l'article 225, aux termes duquel la nullité n'est que relative. Voilà trois textes concernant la nullité. Les deux premiers l'énoncent sans restriction; le troisième la modifie et la déclare purement relative. Or que fait l'article 934? Il se réfère aux deux premiers et passe à dessein le troisième sous silence. Donc il a voulu, dans la matière spéciale des donations, maintenir le principe de la nullité et repousser la restriction qu'il s'abstient soigneusement de rappeler.

Il en est de même en ce qui touche le mineur. Le renvoi

Digitized by Google

à l'article 463 a pour objet unique d'expliquer dans quelle forme aura lieu l'acceptation du tuteur et d'exiger l'avis du conseil de famille. Il ne peut se rapporter à aucune disposition restrictive de la nullité, puisqu'il n'en existe point au titre de la Tutelle ; l'article 1125 était encore à faire, et lorsqu'il a été promulgué, la place où il a été mis et les termes dans lesquels on l'a conçu en ont clairement restreint l'application aux obligations conventionnelles.

La deuxième objection se fonde sur l'article 905 du Code civil. La femme mariée, dit-on, ne peut, d'après cet article, donner entre-vifs sans l'autorisation de son mari. Cette nullité n'est certainement que relative, et dès lors, comment admettre qu'une nullité, seulement relative quand la femme se dépouille de sa fortune, devienne absolue quand il est question pour elle de s'enrichir?

Cet argument manque de base. Il faudrait prouver d'abord que la nullité de la donation faite par la femme non autorisée n'est que relative, et nous venons de montrer par le rapprochement des textes qu'elle est absolue. Le contraste entre la portée différente de la nullité selon que la femme donnerait ou recevrait, s'efface donc, et il reste pour l'un et pour l'autre cas une nullité radicale.

Ainsi, la lettre et l'esprit de la loi concourent à démontrer le caractère absolu de la nullité qui nous occupe.

Veut-on maintenant envisager la question au point de vue du bon sens et de l'équité? La nullité relative se comprend dans les obligations conventionnelles où chaque contractant peut avoir un intérêt égal à se dégager. En réservant cette faculté à l'incapable, le législateur lui accorde une protection réellement utile. Mais dans une donation, et quand le bénéficiaire est précisément une femme mariée ou un mineur, parler d'une nullité que pourraient seuls proposer ceux qui profitent de l'agissement, ne semble pas sérieux. Les législateurs n'ont pas coutume de prévoir et de régler des hypothèses tellement rares qu'on peut les regarder comme irréalisables. Dira-t-on que certains actes n'ont que l'apparence d'un bienfait, qu'ils constituent, en réalité, de lourdes charges et que les donataires peuvent avoir intérêt à s'en affranchir? C'est aux tribunaux à donner aux actes leur qualification véritable ; s'ils découvrent qu'un engagement oné-

Digitized by Google

reux se cache sous le voile d'une libéralité, ils relèveront l'incapable de son acceptation en appliquant le principe qui régit les obligations conventionnelles, sans qu'il soit besoin de convertir en nullité relative un vice de consentement évidemment absolu quand il s'agit d'une véritable donation.

Cette observation aussi simple que péremptoire a suffi au docte et judicieux Demante pour rejeter le système que nous combattons.

Sous le rapport de l'équité, les motifs qui le repoussent ne sont pas moins décisifs.

Dans les engagements synallagmatiques, le majeur qui traite avec un mineur ne recherche que son propre avantage; il a dû supputer d'avance les chances que pouvait avoir le contrat d'être exécuté volontairement. S'il les a mal appréciées, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même; aucun ménagement ne lui est dû, et c'est en toute justice qu'il souffrira de l'option ultérieure à faire par le mineur entre la nullité et le maintien de l'obligation. Mais, dans un contrat de bienfaisance. quand le majeur se dépouille gratuitement au profit du mineur et s'oublie lui-même pour ne songer qu'à l'intérêt de celui-ci, serait-il équitable de lui imposer de plus les hasards d'une détermination à venir, de lui lier les mains, tandis que le donataire pourrait à son gré rétracter son acceptation et bouleverser des rapports si généreusement établis? N'est-il pas juste que la situation des deux parties demeure au moins égale et que le donateur conserve la faculté de se dégager, tant que le donataire n'est pas lié définitivement? Le donateur ne peut-il pas attacher une satisfaction d'affection ou d'amour-propre à transmettre sa fortune à un donataire de son choix, plutôt que de la laisser tomber aux mains de parents éloignés dont il croit avoir à se plaindre? L'incertitude que lui imposerait le caractère relatif de la nullité ne pourrait-elle pas tromper de légitimes vœux, sans lui laisser la faculté de régler autrement la transmission de ses biens? Il en est, sans doute, ainsi des donations faites aux établissements publics. L'acceptation provisoire des administrateurs lie le disposant sans obliger définitivement les bénéficiaires; mais cette exception qu'explique une faveur spéciale, conviendrait-il de la transporter dans la sphère des intérêts purement privés? Le législateur ne l'a pas voulu.

Digitized by Google

Nous l'avons démontré par les textes. Les considérations surabondantes que nous venons d'exposer prouvent combien sa détermination a été sage : telle est l'interprétation que la doctrine et la jurisprudence tendent de plus en plus à faire prévaloir. Nous avons cité l'excellent commentaire de M. Demante, le savant traité de MM. Aubry et Rau, ces nouveaux collègues dont la Cour suprême estime si haut la collaboration; nous avons signalé certains indices de retour dans le beau livre de M. Demolombe. L'arrêt de la Cour de cassation de 1856 porte déjà ses fruits : une décision récente de la Cour de Dijon se range à sa doctrine. On peut, croyons-nous sans témérité, prévoir dans un prochain avenir la cessation de toutes les dissidences. LESPINASSE.

DE LA JONCTION DES POSSESSIONS

ENTRE LE DÉFENDEUR EXPULSÉ JUDICIAIREMENT ET LE DEMANDEUR RÉINTÉGRÉ AU PÉTITOIRE.

Par M. Léonce de Castelnau.

Le possesseur expulsé depuis plus d'un an qui s'est pourvu au pétitoire et a obtenu sa réintégration, a-t-il le droit de joindre à sa possession celle du défendeur évincé ?

La question que nous nous proposons d'examiner n'est pas nouvelle : elle a divisé les anciens jurisconsultes. Cujas, Pothier, Bartole, Brunneman, Dunod l'ont résolue dans un sens que nous ne croyons pas pouvoir admettre, et, de nos jours, leur opinion a trouvé de nombreux partisans parmi les plus illustres commentateurs du Code Napoléon : bornons-nous à citer ici MM. Troplong, Marcadé, Vazeille dans son *Traité de la prescription.*

I

Nous avons à nous demander si le possesseur dépouillé qui, s'étant pourvu au pétitoire, obtient sa réintégration doit profiter de la possession intérimaire de celui qu'il évince. Oui, répondent les auteurs que nous venons de

Digitized by Google

nommer, le possesseur réintégré a droit au bénéfice de l'accession. C'est un principe admis par les jurisconsultes romains et que justifient toutes les données rationnelles. Que lisons-nous, en effet, dans le fragment 13, § 9 (*De acq. vel amitt. poss.*), extrait du livre d'Ulpien sur l'édit du préteur? « Que si la chose que je possédais et dont j'ai été dépouillé « m'est rendue sur l'ordre du juge, il a été admis que j'ai « le droit d'adjoindre à ma possession celle du possesseur « expulsé. » (*Si jussu judicis res mihi restituta sit, mihi accessionem dandam esse placuit.*) On n'est pas tout à fait d'accord sur le texte de cette loi. Cujas s'est écarté de la leçon vulgaire. S'appuyant sur l'explication de ce fragment telle qu'elle résulte du texte des Basiliques, il joint au § 9 les deux derniers mots du paragraphe qui le précède, et, d'après lui, il faut lire ainsi qu'il suit le passage d'Ulpien : *Prædone possidente, si res mihi restituta sit accessionem mihi dandam esse placuit.* Pothier adopte dans ses *Pandectes* la correction proposée par Cujas. Cette leçon a le mérite de justifier pleinement, aux yeux de ceux qui la soutiennent, l'opinion que nous voulons combattre. Plus d'équivoque en effet; Ulpien nous enseigne qu'il est universellement admis que la possession du *prædo* doit profiter au possesseur dépouillé qui obtient sa réintégration par ordre du juge. Et ce n'est là, dit-on, que la conséquence d'un principe rationnel consacré par l'article 2235 du Code Napoléon, principe consistant à dire qu'on peut joindre à sa possession celle du précédent possesseur de quelque manière qu'on lui ait légitimement succédé.

On pourrait faire immédiatement observer à ceux qui raisonnent ainsi qu'il s'agit d'un possesseur s'étant pourvu au pétitoire et dont, par suite, la possession a été interrompue aux termes de l'article 2243 du Code Napoléon combiné avec l'article 23 du Code de procédure. Quelle signification ajouterez-vous donc à ces textes de notre législation? Ils nous disent qu'il y a interruption de la possession lorsque le possesseur a été privé pendant plus d'un an de la jouissance de sa chose, soit par l'ancien propriétaire, soit même par un tiers. Admettre que cette interruption définitivement opérée puisse être effacée d'une manière absolue et à l'égard de tous par l'effet du jugement rendu au

Digitized by Google

pétitoire, n'est-ce pas abroger implicitement les articles précités, ou du moins les rendre inutiles? — Cette objection ne préoccupe guère nos auteurs. Quelques-uns l'écartent en disant qu'il y aura interruption de la possession en ce sens que le possesseur réintégré sera privé de son ancienne possession, mais qu'on ne saurait lui dénier le droit de se prévaloir, comme tout successeur légitime, de la possession du précédent possesseur... Nous relèverons plus tard le peu de logique d'un tel raisonnement.

Quant à M. Troplong, il résout la difficulté au moyen d'une distinction. « Lorsque Cujas, dit-il[1], a soutenu que la « possession de l'usurpateur devait être comptée au pro- « priétaire réintégré, il a entendu que la restitution ordonnée « par le jugement (*restituta sit*) serait complète, c'est-à-dire « qu'il y aurait restitution des fruits perçus par le spoliateur « de mauvaise foi. Quand le jugement ordonne, en effet, que « ce dernier se dessaisira et qu'il rendra le produit avec la « chose (art. 549 Cod. Nap.), on peut avancer hardiment que « le passé est effacé, et que le propriétaire n'a pas un mo- « ment cessé de posséder de droit... Mais en triomphant sur « une demande en délaissement, le propriétaire n'obtient pas « toujours la restitution des fruits (art. 550). Il est possible « qu'il recouvre la propriété et que les fruits consommés « restent au possesseur évincé. C'est alors que je comprends « l'application de l'article 2243; il y a eu interruption plus « qu'annale; le possesseur a joui des fruits; il les a fait siens « par sa bonne foi; il n'est pas tenu de les rendre. »

Tout consiste donc à savoir si le possesseur condamné au délaissement l'a été avec restitution des fruits, ou si, à raison de sa bonne foi, on l'a dispensé de cette restitution. Dans le premier cas, il n'y a pas eu, en réalité, de possession véritable. Pourquoi? Parce que, dit M. Troplong, la possession ne se manifeste jamais d'une manière plus authenthique que lorsqu'elle se réalise par la perception des fruits. Or, dans notre hypothèse, le propriétaire doit toucher les fruits échus, le possesseur de mauvaise foi est condamné à les verser entre ses mains. Conçoit-on une interruption réelle de la possession? la chose jugée n'est-elle pas une sorte de

[1] *Prescription*, vol. I, p. 630.

Digitized by Google

restitutio in integrum? ne renoue-t-elle pas la chaîne des temps? Peut-on, dès lors, penser à l'application de l'article 2243? Dans le second cas, au contraire, je comprends qu'on invoque ce texte de loi. Parler d'accession de possession, ce serait proposer une fiction en face du jugement ayant consacré la légitimité de la possession intermédiaire qui est venue scinder en deux celle du demandeur réintégré.

Tel est, en peu de mots, l'exposé de la théorie que tant d'auteurs anciens et modernes ont si énergiquement soutenue. Quant à nous, nous pensons, au contraire, que le possesseur expulsé depuis plus d'un an, qui obtient sa réintégration, ne peut ajouter à sa possession celle du possesseur qu'il évince.

Avant de justifier notre opinion au point de vue des données rationnelles et des principes juridiques dominant notre législation, avant de discuter les systèmes des auteurs que nous avons cités, qu'il nous soit permis de nous adresser, à notre tour, au fragment 13, § 9, pour en pénétrer le véritable sens, et l'écarter à tout jamais de la discussion.

II

Si j'avais à définir ici la possession, je dirais qu'elle est la conscience de mon pouvoir illimité sur la chose que je détiens ou qui est à ma disposition. En règle ordinaire, le fait de la possession répond à un droit de pleine et absolue propriété sur le meuble ou l'immeuble qui en fait l'objet. Ainsi considérée, la possession est au droit incorporel de propriété ce que la parole est à la pensée de l'homme; elle le révèle, en effet, aux yeux de tous, elle en est, pour les tiers, l'expression vivante et sensible. Je n'ai pas à envisager ici la possession à ce point de vue, je n'ai à m'en occuper que comme fait juridique susceptible de produire par lui-même des droits, droits mis en exercice au moyen des actions possessoires. Il résulte de la définition déjà donnée de la possession qu'elle se compose d'un double élément : un élément de fait, la détention, et un élément intentionnel, la conscience de mon pouvoir illimité sur la chose, et qui fait que je m'en considère comme le maître absolu, *animus domini*.

Cela étant posé, je me demande s'il est possible que cette relation juridique purement de fait qui unit une personne à

Digitized by Google

une chose, existe simultanément entre le tout et chacune des parties d'une chose et deux individus entièrement distincts. En un mot, je me demande si l'on peut admettre la possibilité de la *possessio plurium in solidum*. En principe et en fait, la question ne paraît guère douteuse. Il est bien évident qu'à l'égard d'une seule chose, il ne peut exister qu'une seule possession juridique susceptible d'amener celui qui l'exerce à l'usucapion, et de lui donner droit aux interdits. Le fait de ma possession juridique sur tel objet exclut le fait de la possession juridique d'autrui sur ce même objet, tout aussi bien que l'existence de mon mariage juridique avec Sempronia exclut la possibilité d'un second lien matrimonial unissant civilement et valablement cette même Sempronia à une autre personne. On ne peut pas plus subdiviser la notion de la possession que la notion du mariage. Maintenant la possession produira tels ou tels effets différents, suivant que tels ou tels éléments de bonne ou de mauvaise foi viendront s'y joindre, tout comme le mariage aura telles ou telles conséquences selon qu'il aura été célébré *cum conventione in manum* ou d'une manière pure et simple. Le jurisconsulte romain avait bien raison de dire à cet égard : *Et in summa magis unum genus est possidendi, species infinita* (L. 3, § 21, ff., 41, 2). Donc impossible d'admettre, en principe et en fait, la *possessio plurium in solidum*. Si l'un possède, a la conscience de son pouvoir illimité sur la chose qu'il détient, il est bien clair que l'autre ne peut détenir, lui aussi, la même chose avec la conscience de son pouvoir illimité sur cet objet : ces deux situations s'excluent réciproquement l'une l'autre.

Cependant n'y aurait-il pas une fiction qui pût faire admettre qu'entre une même chose et deux personnes existe simultanément cette relation de fait constituant la possession juridique? Nous arrivons ainsi pas à pas à l'explication de notre fragment. Oh! à cet égard, il s'était produit parmi les jurisconsultes romains une grande divergence d'opinions. Labéon, Paul, Ulpien rejetaient toute idée de *possessio plurium in solidum*. *Non magis*, dit Paul, *eadem possessio apud duos esse potuit quam ut tu stare* VIDEARE *in eo loco in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, sedere* VIDEARIS [1]. Ulpien disait de même,

[1] Fr. 3, § 5 (*De adq. vel amitt. poss.*, 41, 2).

Digitized by Google

après Celsus, qu'il n'était pas plus possible de concevoir la *possessio plurium in solidum* que le *duorum in solidum dominium* [1]. Trébatius et Julien admettaient, au contraire, l'existence simultanée de deux possessions, l'une *justa*, l'autre *injusta*, ce à quoi Labéon répondait, avec beaucoup de raison, que dès l'instant où toute la question porte sur le point de savoir s'il y a possession juridique ou s'il n'y en a pas, une distinction entre *possessio justa* et *possessio injusta* ne saurait avoir d'importance. Mais où donc Trébatius et ses partisans avaient-ils puisé l'idée de leur *possessio plurium*, et quelle aurait donc été la raison d'être de cette exception aux principes ordinaires en cette matière? Voici quelle est, à cet égard, l'hypothèse émise par un jurisconsulte allemand, M. Adolf Schmit. Le préteur romain n'arriva que progressivement à organiser d'une manière complète le système d'actions possessoires qui étaient mises en exercice sous le nom d'*interdits*. C'est ainsi qu'il n'y eut tout d'abord, pour les immeubles comme pour les meubles, qu'un seul genre d'interdit, l'interdit *uti possidetis utrubi*. Or il est facile de comprendre que les actes attentatoires à la possession ne se bornaient pas toujours à de simples menaces. Le trouble devenait très-souvent plus sérieux; car de la menace à l'exécution la distance n'est pas grande. L'interdit dut, par suite, produire un double effet, un effet préservatif et un effet récupératoire. Mais l'*uti possidetis* se base uniquement sur la possession du demandeur. Il fallut donc, au cas de *dejectio*, pour assurer à l'interdit l'effet récupératoire, admettre, par fiction, qu'à l'égard de l'adversaire le demandeur *dejectus* continuait de posséder. On se trouva, dès lors, en face de deux possessions simultanées s'exerçant sur la même chose, la possession réelle du *dejiciens* et la possession fictive du *dejectus* qui demande sa réintégration. Plus tard, le préteur créa l'interdit *de vi* et, depuis ce moment, la théorie de la *possessio duorum in solidum* n'eut plus raison d'être; car la nouvelle action possessoire supposait que, de la part du demandeur, la possession était perdue. L'ancienne fiction conserva-t-elle au moins une véritable efficacité en ce qui concerne l'usucapion? Le *dejectus vi* n'était-il pas réputé

[1] Fr. 5, § 15 (*Commodati*, 13, 6).

Digitized by Google

n'avoir jamais perdu, à cet égard, la possession? Pour nous convaincre du contraire, nous n'avons qu'à jeter les yeux sur la loi 5 (liv. 41, tit. 2), extraite du livre 21 de Gaïus sur l'édit provincial. Nous lisons dans ce fragment que ma possession est véritablement interrompue par le fait de ma *dejectio* violente : *quo casu*, dit le jurisconsulte (et c'est là en droit romain un principe incontestable et incontesté), *quo casu non adversus tantum qui erripit interrumpitur possessio, sed adversus omnes.* La théorie de la *possessio plurium in solidum*, telle qu'elle se présentait primitivement, doit donc être rejetée ; elle n'a plus d'application : pas même dans le cas où les deux plaideurs invoquent l'un et l'autre l'*interdictum duplex uti possidetis.* Dans cette hypothèse, en effet, ils ne sont pas, en réalité, tous deux possesseurs, puisque le juge a précisément pour mission de décider *uter possideat.*

Mais si Paul et Ulpien repoussaient la théorie de Trébatius admettant deux possessions simultanées dès l'origine, lorsqu'une *possessio justa* se trouve en face d'une *possessio injusta*, ils étaient loin de rejeter l'opinion de Sabinus qui admettait l'existence d'une double *possessio justa*, dans une seule hypothèse, il est vrai, celle du précaire : *Sabinus scribit eum qui precarium dederit et ipsum possidere et eum qui precarium acceperit.*

En droit romain, le mot *précaire* sert à désigner un état de choses où l'exercice du droit de propriété est cédé sans qu'il intervienne d'acte juridique. Il s'établit dans ce cas entre le cessionnaire et la *res* faisant l'objet du précaire, une relation de fait qui se trouve être tantôt la *possessio naturalis* ou *detentio*, tantôt la possession juridique ou *possessio ad interdicta.* Celui qui demande qu'on lui cède la possession juridique d'une chose à titre de précaire acquiert, ce n'est pas douteux, la possession de l'objet. Mais on s'est demandé si la possession du *rogatus* continuait à exister. Il est aujourd'hui universellement admis, nous dit Pomponius, qu'elle continue en vérité, et que l'objet du précaire se trouve également possédé par le *rogatus* et le *rogans* [1]. Le *rogatus* perd-il, en effet, la conscience de son pouvoir illimité sur la chose? Non; car il sait qu'à chaque instant il peut révoquer,

[1] Fr. 15, § 4 (*De precario*, 43, 26).

Digitized by Google

à son gré, la concession. Perd-il la faculté de disposer librement et même capricieusement de l'objet du précaire? Non encore; car à tout moment et sans qu'on puisse lui opposer une exception se basant sur la stipulation d'un terme (L. 12, *De precario*), il a le droit de reprendre sa chose, d'en faire tel usage qu'il lui plaira [1]. Voilà donc la seule hypothèse exceptionnelle où deux *possessiones justæ* s'exerceront simultanément sur le même objet sans que l'existence de l'une exclue, le moins du monde, la possibilité de l'autre. Cependant, tandis que la possession du *rogans* sera, en vérité, la seule possession réelle et complète, celle du *rogatus* ne nous apparaîtra que comme une possession, que j'appellerai purement potestative. Aussi Pomponius ne nous dit-il pas que le *rogatus* continue à être *in possessione :* il emploie pour caractériser sa situation, l'expression vague de *penes utrumque est homo vel res*, la chose, l'esclave est également au pouvoir des deux. Quelles sont les conséquences qui vont découler de tels principes? « D'abord, nous dit Ulpien (L. 8, « § 2, *De precario*), que le *rogatus* conservant la possession « de l'objet pourra la transmettre à autrui, et ensuite que « puisqu'il a, lui aussi, la possession de la chose pendant la « durée du précaire, il n'est pas nécessaire de faire accéder « à sa *possessio* celle du *rogans* pour assurer audit *rogatus* « la victoire contre le tiers qu'il attaquerait par l'interdit « *utrubi.* »

Mais je suppose que lorsque le *rogatus* veut retirer sa concession, le *rogans* refuse de rendre la chose, l'obligeant ainsi à user contre lui de l'interdit *de precario.* Il est bien évident que, dans ce cas, dès l'instant où le *rogans* traduit le *rogatus* en justice, il confesse que ce dernier abusant de sa confiance lui enlève la libre disposition de la chose et la possède désormais lui tout seul. La *litiscontestatio* aura-t-elle pour conséquence de faire cesser cet état de choses? Non; elle sera complétement impuissante à interrompre ou à annuler le *possessio injusta* du *rogans* qui continuera jusqu'après la restitution de la chose *jussu judicis.* Qu'en résulte-t-il? C'est que si le *rogatus* avait pu mettre la main sur la chose au même instant où il protestait contre la mauvaise foi du *ro-*

[1] Fr. 12 (*eod. tit.*).

Digitized by Google

gans et lui enlevait la libre disposition de sa chose, sa possession n'aurait pas subi d'interruption. Or il est de principe que le juge doit ordonner la *restitutio* de la chose *cum omni sua causa*, c'est-à-dire qu'il doit remettre les choses dans l'état où elles se seraient naturellement trouvées s'il lui eût été possible de rendre son jugement au commencement du procès. Dans notre hypothèse, le procès ne s'est point produit après une *dejectio* violente du demandeur et une possession depuis longtemps exercée par le défendeur; il a commencé au moment où le *rogans* a répondu à la sommation du *rogatus* par un refus de lui restituer la chose à l'heure où ce dernier a perdu et a voulu recouvrer la libre disposition de l'objet du précaire. En présence d'une telle situation, nous devrons, pour replacer le *rogatus* dans la position qu'il aurait eue si le litige avait reçu une solution à l'instant même où il a éclaté, nous devrons dire que la possession du *rogans* vient s'adjoindre, après la restitution *jussu judicis*, à la possession du *rogatus*. En conséquence, *cum res restituta sit jussu judicis accessionem mihi dandam esse placuit*.

Tel est le sens de notre fragment qui, venant à peu de distance de celui dans lequel Ulpien nous enseigne que, *manente precario*, il ne peut y avoir lieu à l'accession, ne saurait avoir d'autre signification que celle que nous venons d'indiquer. Voulez-vous faire dire au jurisconsulte d'une manière générale que dans tous les cas de restitution sur ordre du juge de l'action possessoire, la *possessio injusta* qui court depuis la *litiscontestatio* doit accéder à la possession du demandeur? Je serai de votre avis, tout en reconnaissant, néanmoins qu'attribuer à la loi 13, § 9, un sens si large, peut paraître assez arbitraire. Mais argumenter de ce texte d'Ulpien pour soutenir que la possession intérimaire du possesseur dépouillé doit profiter au demandeur réintégré, c'est se mettre en contradiction avec tous les principes admis à cet égard par les jurisconsultes romains, et qui se réflètent dans la loi 5 (*De usurp. et usucap.*). Est-il possible de soutenir que la *possessio* du *dejiciens* accède à celle du *dejectus* alors que la première de ces possessions a eu pour effet d'interrompre juridiquement et naturellement la seconde? On ne pourrait arriver à ce résultat qu'en supposant que la *possessio* du *dejectus* s'est continuée et a existé concurremment avec la *possessio injusta*

Digitized by Google

du *dejiciens*; et nous avons vu que cette théorie, un moment admise dans le premier système des actions possessoires, ne pouvait soutenir l'examen en face de l'effet récupératoire des interdits *de vi* et *de precario*, et du principe sur lequel ils se basent. Impossible donc de s'appuyer sur la loi 13, § 9, pour prétendre qu'en droit romain le demandeur au pétitoire voyait la possession du défendeur s'adjoindre à sa propre possession tout comme si elle n'avait jamais subi aucune interruption. Nous avons vu le sens dans lequel il faut entendre ce fragment. Il s'agit des effets particuliers de la *litiscontestatio* et de la sentence du juge; de la *litiscontestatio* qui, d'une part, est impuissante à interrompre, à annuler la possession du défendeur, à l'empêcher même de produire ses effets (L. 18, *De rei vindic.*); de la sentence du juge qui, d'autre part, doit remettre les choses dans l'état où elles se seraient trouvées si le litige eût pu recevoir une solution immédiate. Je ne réfute pas la leçon de Cujas sur notre texte; elle est en complète contradiction avec le texte des Florentines. Quant à l'explication de ce fragment, telle qu'elle résulte du commentaire de Voët, j'ai beaucoup de peine à l'admettre. Voët, tout en défendant sur la loi 13, § 9, l'opinion que nous suivons à l'égard de l'*accessio possessionum*, affirmait qu'Ulpien, dans ce passage, faisait allusion au cas où, pendant un procès, une des parties ayant été dépossédée de la chose en vertu d'une sentence du juge qui ordonne que la *res* sera séquestrée *pendente lite*, en est réinvestie lorsque le litige s'est terminé à son avantage. Alors la possession du temps intermédiaire durant lequel l'immeuble a été séquestré profite, pour l'usucapion, à celui qui recouvre la chose. Devons-nous penser que le jurisconsulte ait voulu parler de cette hypothèse? Mais est-il besoin de dire expressément que la possession du séquestre doit s'adjoindre à la possession de celui des deux contendants qui reprend l'immeuble? Le séquestre, d'ailleurs, possède-t-il, en réalité, l'objet du litige? Évidemment non; s'il le détient, c'est pour le compte du propriétaire dépossédé par mesure provisionnelle. D'où il suit que lorsque ce dernier reçoit l'immeuble, il n'y a pas lieu, en vérité, à l'accession de possession, car le séquestre ne possédait pas; il détenait au nom de celui qui possède aujourd'hui par lui-même. Le texte

Digitized by Google

d'Ulpien n'aurait donc aucun sens juridique si on l'entendait de cette dernière façon. Nous repoussons, par conséquent, l'interprétation de Voët.

III

Faut-il en venir maintenant aux arguments que les adversaires veulent puiser dans l'article 2235 du Code Napoléon? Dire qu'entre le possesseur dépouillé par jugement et le possesseur réintégré il y a des rapports d'auteur à successeur, c'est, il me semble, confondre toutes les notions. Quels sont les cas, en effet, où l'on peut dire qu'il y a succession dans le sens juridique du mot? C'est lorsqu'on se trouve en face de la transformation purement subjective d'un rapport de droit se produisant à la suite d'un fait juridique qui, tout en laissant subsister l'identité du rapport de droit lui-même, se borne à en changer le sujet. « Or pour admet« tre cette identité, nous dit Savigny, il ne suffit pas qu'il y « ait une même espèce de droits appliqués par plusieurs « individus à un même objet. » Si, par exemple, deux personnes possèdent le même immeuble à des époques différentes, le fait de leur possession leur conférera bien, à l'occasion du même objet, des droits semblables; mais cette circonstance ne sera pas suffisante pour établir entre elles une succession. Il faut que le rapport de droit qui unissait Titius à la chose et celui qui existe aujourd'hui entre cette même chose et Sempronius se trouvent enchaînés l'un à l'autre par un lien tellement intime qu'on puisse les envisager comme un seul et même rapport passant d'une personne à une autre, qu'on puisse considérer le droit qui en résulte comme une substance permanente se transmettant sans altération à une suite d'individus qui se remplacent. Or ce lien n'existe, et par suite, l'identité du rapport de droit ne persiste que tout autant que les droits postérieurs se rattachent intimement et immédiatement aux premiers comme l'effet se rattache à sa cause. Alors il y a succession entre les divers sujets; alors, et seulement alors, le fait de la possession de l'un et les droits qui en résultent viennent s'adjoindre au fait de la possession de l'autre et aux droits qu'elle produit pour ne faire qu'un désormais avec eux. Eh bien! est-ce là notre hypothèse? Y a-t-il succession entre la possession du *dejectus jussu judicis* et la possession du *dejiciens?* Existe-t-il entre

Digitized by Google

ces deux états de fait et les droits qui en sont la conséquence des rapport de cause à effet? On ne saurait le soutenir. Mais, s'il en est ainsi, pouvez-vous appliquer l'article 2235? La possession du défendeur est-elle l'auteur de votre propre possession? Succédez-vous à votre adversaire dans cette relation de fait productive de droits qui l'unit à la chose, en sorte qu'on puisse affirmer que le rapport juridique restera toujours le même, qu'il n'y aura qu'une substitution d'un sujet à un autre? Évidemment non; le défendeur, vis-à-vis du demandeur, possédait la chose de son propre chef; les droits dont il était revêtu à titre de possesseur, il ne les tenait pas d'un autre que de lui-même. Et si vous, vous êtes réintégré, ce sera à cause de vos propres droits sur la chose, et non par suite de ceux que vous transmettra le défendeur; vous n'êtes donc pas son successeur; vous n'avez aucun droit d'adjoindre sa possession à la vôtre : cette possession, c'est un fait qui vous est complétement étranger à cet égard, et dont vous ne pouvez pas vous prévaloir.

M. Troplong paraît concéder, pour un moment, que le possesseur réintégré ne peut invoquer l'article 2235. Mais lorsque le possesseur est de mauvaise foi, il doit restituer les fruits. Or, dit-il, la perception des fruits est l'acte possessoire le plus éclatant et le plus sérieux; quiconque les touche sans interruption a une possession non interrompue. Donc le propriétaire réintégré n'a, en vérité, subi aucune interruption de possession dans ce cas, puisque le possesseur de mauvaise foi ne touche les fruits que pour le compte dudit propriétaire, qu'il doit les verser entre ses mains, et que, par conséquent il n'est pas censé avoir possédé. D'abord, nous pouvons répondre à M. Troplong que si sa distinction entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi doit être admise, et que si ce dernier ne peut être réputé avoir interrompu par une jouissance de plus d'un an la possession du *dejectus*, nous ne comprenons pas qu'on force celui-ci à recourir à l'action pétitoire. Sa possession subsiste toujours; en voulez-vous la preuve? Il a droit aux fruits perçus par son adversaire qui était de mauvaise foi. Mais alors pourquoi n'a-t-on pas décidé qu'il pourrait, dans tous les cas, agir au possessoire sauf à l'autre partie à lui opposer sa bonne foi et à le forcer ainsi à se pourvoir au pétitoire? De plus, pourquoi soutenir qu'il y a, dans ce cas, accession de

Digitized by Google

possession? Ne devrait-on pas dire comme Ulpien en matière de précaire: *Quamdiu manet precarium* (*possessoris malæ fidei possessio*) *accessione ex persona ejus qui possidet uti non potest*....., parce qu'en réalité il ne cesse pas de posséder lui-même? Évidemment, l'opinion de M. Troplong trouve une première réfutation dans l'article 2243 du Code Napoléon et l'article 23 du Code de procédure ainsi combinés : lorsque pendant plus d'un an un tiers a joui de bonne ou de mauvaise foi de ma chose, ma possession est interrompue, perdue, et, pour la recouvrer, je dois agir au pétitoire. Qu'en résulte-t-il, sinon que toute possession annale de la part d'un tiers me fait déchoir de ma possession? Mais il y a plus; quels sont les éléments de la possession? Nous l'avons dit dans les lignes qui précèdent : la possession se compose d'un élément de fait, la détention, et d'un élément intentionnel, la conscience de mon pouvoir illimité sur l'objet de ma détention. Quant à la bonne foi donnant droit aux fruits, on ne l'a jamais rangée parmi les qualités constitutives de la possession. Lorsqu'elle vient s'y adjoindre, elle a pour conséquence de la rendre susceptible de produire l'usucapion. Mais la possession juridique *ad interdicta*, celle qui donne naissance à des droits protégés et mis en exercice au moyen des actions possessoires, existe indépendamment de toute circonstance de bonne ou de mauvaise foi, et par le seul fait de la réunion des deux éléments dont nous avons parlé. Que si le possesseur de mauvaise foi qui se voit dépouillé par ordre du juge est condamné à la restitution des fruits, ce n'est pas parce que la sentence a pour effet d'annuler sa possession, mais bien parce que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Or il est censé s'enrichir aux dépens d'autrui, celui qui de mauvaise foi s'est emparé de la jouissance de la chose pour en retirer tous les profits au préjudice du véritable propriétaire.

M. Troplong retombe ainsi dans la vieille théorie de la *duplex possessio justa et injusta* du *dejectus* et du *dejiciens*. Un moment admise dans le vieux système des actions possessoires, elle ne saurait aujourd'hui prévaloir, ni directement ni indirectement, pour nous amener à soutenir que le demandeur réintégré doit profiter de la possession intérimaire du défendeur dépouillé ; car, à côté de cette *possessio injusta*, se continuait la *possessio justa* du premier possesseur

Digitized by Google

se manifestant par le droit aux fruits qu'a perçus le défendeur expulsé. Le fait de la restitution des fruits n'a pas pour effet d'annuler le fait de la possession; il n'est rien autre chose que la conséquence de l'obligation contractée par moi à l'égard de celui que je prive frauduleusement de sa chose.

Ajoutons, enfin, qu'en présence de l'article 2243 il est bien difficile de donner raison à l'opinion que nous combattons. Conçoit-on une interruption de possession si le temps pendant lequel a possédé le défendeur doit profiter au demandeur réintégré? Faudra-t-il soutenir avec M. Marcadé que cette interruption se réfère au bénéfice de l'ancienne possession dont le demandeur réintégré se trouvera privé? Mais, en vérité, est-ce logique? Pourquoi voulez-vous priver le demandeur d'une possession exercée par lui-même, alors que vous le faites profiter d'une possession exercée par autrui? Vous avez complétement annulé le fait de la possession d'autrui qui a amené l'interruption, et cette interruption, vous la laissez cependant subsister en ce qui concerne l'ancienne possession du demandeur? Vous annulez la cause et vous laissez subsister l'effet? On ne peut raisonner ainsi sans manquer de logique, sans se mettre en contradiction formelle avec l'article 2243. Nous n'insistons pas davantage.

Nous avons ainsi examiné la question sous toutes ses faces. Non, nous le répétons en finissant, le demandeur réintégré ne peut adjoindre à sa possession celle du défendeur qu'il expulse. Argumenter au profit de l'opinion contraire de la doctrine admise à cet égard par les jurisconsultes romains, c'est d'abord méconnaître la loi 5 (*De usucap. et usurp.*), c'est altérer le véritable sens de la loi 13, § 9 (*De adq. vel amitt. possess.*), et revenir indirectemeut à une ancienne théorie que, seule, la première organisation des actions possessoires pouvait justifier. Dire qu'entre le possesseur dépouillé et le possesseur réintégré il y a des rapports d'auteur à successeur, que, par conséquent, l'article 2235 est applicable, c'est oublier entièrement le sens juridique de ce texte de loi. Et enfin, soutenir qu'au moins le possesseur de mauvaise foi voit sa possession s'adjoindre à celle du demandeur qui recouvre la chose, c'est se tromper sur la véritable et saine notion de la possession juridique *ad interdicta*, celle qui donne lieu aux actions possessoires.

LÉONCE DE CASTELNAU.

Digitized by Google

QUESTION SUR LA SÉPARATION DES PATRIMOINES.

Par M. Amédée NICOLAS, avocat, ancien notaire.

On agite depuis longtemps la question de savoir si la séparation des patrimoines inscrite par un créancier du défunt, qui était chirographaire avant le décès, s'oppose à la *division de la dette* entre les cohéritiers, vis-à-vis de ce créancier héréditaire.

La jurisprudence est partagée en deux camps. Sont en faveur de la *division :* les arrêts de la Cour de Caen des 14 février 1825 et 13 novembre 1844, de celle de Rennes du 14 janvier 1858, de la Cour de cassation du 9 juin 1857, de la Cour de Limoges du 16 juin 1860, et enfin de celle de Nancy du 13 avril 1867 ; sont opposés à cette division : les arrêts des Cours de Bourges du 20 août 1832, de Bordeaux du 14 juillet 1836 et de Caen du 17 janvier 1855, où cette Cour est revenue sur ses deux arrêts antérieurs, dans une décision qui a été mise à néant par l'arrêt de cassation du 9 juin 1857.

Le désaccord est aussi bien dans la doctrine que dans la jurisprudence. Les auteurs qui appuient la *division* sont : MM. Zachariæ, *Droit civil pr.*, § 618; Aubry et Rau, d'après Zachariæ, *ibid.*, n° 58, 3e éd., t. V, p. 233, § 619 et note 56 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 334, note 109 sur le § 381 ; Blondeau, *Rép. des patr.*, p. 570; Belost-Jolimont sur Chabot, *Succ. obs.*, 1, sur l'article 878 ; Vazeille, *Succ.*, sur l'article 878, n° 8 ; Conflans, *Jurispr. des succ.*, p. 555 ; Pont, *Privil. et hypoth.*, n° 299, p. 288, et Troplong, *Privil. et hypoth.*, t. I, n° 323. — Ceux au contraire qui la repoussent sont : MM. Duranton, t. XIX, n° 224; Bonnier, *Revue de législ.*, t. II, p. 483; Rolland de Villargues, *Rép. not.*, v° SÉPAR. DES PATR., n° 79; Dufresne, *Sépar. des patr.*, n° 114, p. 174 ; Hureaux, *Étude sur le Code Nap.*, n°s 410, 413, et Demante, *Cours analyt. du Code Nap.*, t. III, n°s 222 *bis* et *ter*.

Quels sont les motifs de ceux qui soutiennent la *division?* Les voici, d'après les arrêts relatés plus haut, et notamment ceux de la Cour de cassation, de la Cour de Rennes et des Cours de Limoges et de Nancy :

« Vu les articles 870, 875, 878 et 883 du Code Napoléon, « dit la Cour de cassation ;

Digitized by Google

« Attendu que des dispositions combinées de ces divers « articles, il résulte, d'une part, que les héritiers sont saisis « instantanément et de plein droit des biens de la succes- « sion, par l'événement du décès de leur auteur ; et, d'autre « part, que les dettes de la succession se divisent aussi de « plein droit entre eux ;

» Attendu que le principe de la division des dettes ne re- « çoit pas d'exception en cas de la séparation des patri- « moines ;

« Que, si cette séparation a pour effet, de *conserver aux « créanciers du défunt l'intégralité de leurs droits sur les biens « composant son hérédité par préférence* aux créanciers des hé- « ritiers, il ne s'ensuit pas que la *nature de la créance* soit « changée, ni que l'action des créanciers du défunt, con- « servée *jusqu'à l'entier payement de leurs droits sur toute l'hé- « rédité*, puisse néanmoins être exercée de telle façon contre « l'un des héritiers, qu'elle l'oblige et le contraigne au delà « de sa part virile dans la dette ;

« Que, loin de là, cette part déterminée par l'effet de la « saisine légale, au moment du décès de l'auteur, dans un « rapport exactement proportionnel avec les biens de la « succession qui lui sont échus, *règle dès lors et sans retour « la mesure de ses obligations vis-à-vis des créanciers du défunt, « et réciproquement l'étendue des droits de ceux-ci à son égard ;*

« Attendu, d'ailleurs, que les droits des *créanciers chirogra- « phaires* du défunt ne cessent pas, pour cela, d'*atteindre « toutes les parts de l'hérédité en la personne de chacun des hé- « ritiers ;* — Que, sous ce rapport, et là où ils croiraient avoir « à craindre les *chances d'insolvabilité de l'un des héritiers, « il leur appartient de faire les diligences nécessaires, soit avant, « soit après le partage, sur les biens de leur débiteur, qui res- « tent toujours leur gage*, en ce sens que par l'effet de la sé- « paration des patrimoines, ils conservent, sur ces biens, un « droit de préférence, à l'exclusion des créanciers personnels « de l'héritier, etc. »

L'arrêt de la Cour de Rennes porte, entre autres choses, déjà contenues dans l'arrêt de cassation, « que c'est seule- « ment par l'effet de la *garantie hypothécaire attachée à une « dette de la succession* que le cohéritier peut être tenu de « cette dette *pour le tout*, sauf son recours contre ses cohé-

Digitized by Google

« ritiers, s'il est détenteur des immeubles qui en sont af-
« fectés, etc.; — Que les articles 878 et suivants n'expriment
« et n'impliquent aucune dérogation à ces principes; que le
« législateur n'énonce point d'autre intention que celle d'as-
« surer, aux créanciers de la succession, sur les biens qui la
« composent, *un droit de préférence*, qui exclut, tant qu'ils
« ne sont pas satisfaits, le concours des créanciers de l'héri-
« tier; que cette intention se révèle suffisamment par le texte
« même de l'article 878, duquel il résulte qne c'est contre
« *tout créancier* que la demande en séparation peut être
« formée, et qu'elle achève de se démontrer par les termes
« de l'article 2111 qui, en assujettissant à la formalité de
« l'inscription la conservation du droit résultant de la de-
« mande en séparation, dispose, clairement et formellement,
« que c'est à l'égard des créanciers des héritiers *que ce droit*
« *est ainsi conservé*;

« Considérant que, si le législateur avait voulu donner à la
« demande en séparation, un autre effet que ce *droit de pré-*
« *férence*, et avait entendu qu'elle produisît, en faveur des
« créanciers de la succession, *une affectation réelle à leurs*
« *créances de tous les biens de la succession*, qui ne permet plus
« à l'héritier d'affranchir sa part héréditaire, en payant une
« quotité proportionnelle de dettes, il n'est pas possible qu'il
« n'eût pas exprimé cette dérogation aux principes qu'il
« avait déjà posés dans les articles 870 et 873 du Code Na-
« poléon; qu'il n'y a d'ailleurs rien d'*incompatible* entre la
« *division des dettes* et le droit de *préférence*, etc. »

La Cour de Limoges ajoute à tous ces motifs que si, « en
« dehors du cas où la dette est hypothécaire, *on affectait*,
« *d'une manière indivisible et jusqu'à complet épuisement, soit*
« *l'ensemble des valeurs composant la succession, soit chacun des*
« *lots échus aux cohéritiers*, au payement des dettes du défunt,
« on obligerait par là, en réalité, chacun des héritiers *à con-*
« *tribuer au delà de sa part virile, et à subir les* CONSÉQUENCES
« DE L'INSOLVABILITÉ DE SES CONSORTS. »

La Cour de Nancy renouvelle les arguments qui précèdent; elle disserte d'une manière assez obscure sur le mot « *conservent* » que contient l'article 2111, et n'accorde l'indivisibilité que lorsque la créance est hypothécaire par le fait du défunt.

M. Pont, sentant que si la séparation donne un *privilége*

Digitized by Google

ou une *hypothèque* au créancier du défunt, qui était chirographaire à l'origine, la cause de la *division* des dettes est perdue, s'efforce de faire disparaître ce privilége par un argument *topographique*. Cette expression (privilége) de l'article 2111 « lui semble devoir être prise dans le sens restreint « que lui assigne la place même qu'occupe l'article dans le- « quel elle est employée. » Il convient « que la loi donne au « créancier un droit de préférence, dont les tiers ont intérêt « à avoir connaissance, » et c'est ainsi qu'il explique l'inscription de l'article 2111; mais ce n'est pas à dire, à son avis, « qu'il y ait bien un privilége proprement dit, donnant « lieu, non-seulement au droit de *préférence*, qui lui est « propre, mais encore à ce *droit de suite* qui est l'une des « conditions de *son efficacité*. Voilà pourquoi, selon lui, la « séparation ne figure pas à la section 2, dont l'objet est le « dénombrement des priviléges sur les immeubles. » Puis il exécute résolûment le *privilége séparatif* en ces termes : « Ne « nous arrêtons donc pas à ce mot *privilége* employé par « l'article 2111. Évidemment il n'a pas, dans cet article, la « signification qui s'y rattache habituellement. Aussi voit-on « qu'il *a disparu du Code belge*... S'il y a quelque méprise sur « ce point, peut-être est-ce parce qu'on n'a pas toujours « assez tenu compte de cette distinction faite par le législa- « teur entre le *droit de suite* et le *droit de préférence*. »

M. Troplong écrit, comme M. Pont, que la séparation n'est pas un véritable *privilége;* il se demande pourquoi l'article 2111 lui a donné ce nom. Il n'en voit pas d'autre raison « sinon que ce droit est soumis à des conditions de publicité, « à une inscription, comme les priviléges. » Mais, ajoute-t-il, *cela ne peut excuser le législateur*, qui, dans la rédaction des lois, « devrait peser les expressions avec assez de mesure « pour ne jamais se servir de termes impropres et sujets à « équivoque; car, de ce qu'*un droit réel* est assujetti à l'in- « scription, il ne s'ensuit nullement qu'il *change de nature* et « passe dans la catégorie des *priviléges*. »

Tels sont les moyens employés à l'appui de la *division*. Je vais les discuter, tout en démontrant l'*indivisibilité* du droit séparatif.

La question dont il s'agit se réduit, comme MM. Pont et Troplong l'ont aperçu, à savoir si la séparation donne un

Digitized by Google

privilége ou une *hypothèque*, c'est-à-dire un *droit réel* sur les biens de l'hoirie; car si ce droit réel existe, comme il est indivisible, on ne peut opposer à son action hypothécaire la division des dettes du défunt entre ses cohéritiers. Or M. Troplong, qui repousse le privilége, reconnaît expressément le droit réel du séparatiste; donc cet auteur renverse lui-même l'opinion qu'il soutient, et proclame virtuellement l'indivisibilité de ce droit, conformément à ce n° 1° de l'article 2111 et aux articles 873 et 875 du Code Napoléon.

Il est certain que l'hypothèque est un *droit réel*, *indivisible*, pesant sur tous les biens de la succession et sur chacune de leurs parties, les suivant en quelques mains qu'ils passent. C'est la disposition expresse de l'art. 2214 du Code Napoléon.

Si l'hypothèque a toutes ces qualités, le privilége, qui *prime l'hypothèque* les a avec elle et comme elle, bien que les articles 2093 à 2096 du Code Napoléon n'aient parlé que du *droit de préférence*, sans dire que le privilége est réel, indivisible, emportant avec lui le droit de suite.

De la *réalité* du droit séparatif naissent nécessairement toutes les autres qualités. Si ce même droit est réel, si par conséquent il s'attache à la chose, il pèse sur elle, *totum in toto, totum in qualibet parte,* il est *indivisible par sa propre nature*, comme le dit l'article 2114. S'il s'attache à la chose, non à la personne, il la suit nécessairement en quelques mains qu'elle passe; et si celui qui le premier obtient un droit réel sur cette chose a la préférence sur celui qui n'y acquiert qu'un droit réel postérieur, c'est que ce dernier, lorsqu'il a pris la chose en gage spécial l'a trouvée déjà grevée d'un droit réel antérieur, préférable au sien [1].

Aussi ceux qui, reconnaissant le droit de préférence du créancier du défunt, qui a inscrit la séparation, lui refusent le droit réel, qui est indivisible, manquent à la logique légale en repoussant le principe, tout en admettant une de ses conséquences. M. Pont fait de même lorsqu'il accorde le droit de préférence en déniant le droit de suite; il peut d'autant mieux justifier son opinion qu'il avoue que le droit de préférence privé du droit de suite est à peu près inefficace. Et, en effet, si le créancier qui a inscrit la séparation n'a pas

[1] Cela est vrai de l'hypothèque, de laquelle seule je parle maintenant.

Digitized by Google

ce droit de suite, si précieux, qui naît nécessairement de la *réalité*, il cesse d'avoir droit sur l'immeuble héréditaire dès qu'il a passé en d'autres mains, et le droit de préférence s'évanouit, car le créancier personnel qui a obtenu sur cet immeuble un droit réel qui lui permet de le suivre en toutes mains, passe nécessairement avant le créancier de la succession, qui n'a pas sur ce bien le droit de suite.

Donc, par là même que l'on admet le droit de préférence, on admet nécessairement le droit réel, le droit de suite, le droit indivisible qui s'oppose à la division (art 2114 C. Nap.).

Personne ne niera que le légataire particulier n'ait un privilége ou une hypothèque sur les biens de la succession, c'est-à-dire *un* droit réel indivisible, suivant ces biens en toutes mains, et lui donnant la préférence sur les créanciers personnels. MM. Pont et Troplong ne le feront pas, bien que le premier apporte à son appui le *Code belge*, et que le second refuse toute excuse au législateur pour avoir appelé la séparation un privilége; car le *droit réel*, *indivisible* de ce légataire est expressément consacré par l'article 1017 du Code Napoléon qui veut que les cohéritiers « soient tenus des legs « particuliers, *hypothécairement et pour le tout*, jusqu'à con- « currence de la valeur des immeubles de la succession dont « ils sont détenteurs. »

Mais si le droit accordé au *légataire particulier*, et qui est qualifié et réglementé, pour son exercice, par les articles 2111 et 2113 est un droit réel, indivisible, qui suit l'immeuble et confère la préférence; si ce droit est certainement un privilége, suivant l'article 2111, une hypothèque, d'après l'article 2113, et si les mêmes articles qualifient et réglementent aussi le droit du créancier héréditaire, qui a son principe dans les articles 878 à 881 du Code Napoléon, et qui est accordé principalement au créancier originairement chirographaire (car celui qui avait obtenu une hypothèque du vivant de son débiteur n'a nullement besoin de la séparation), il est évident que le droit concédé à ce créancier chirographaire avant le décès, par les mêmes articles, qui est le même que celui qui est donné au légataire particulier, est aussi un privilége ou une hypothèque, c'est-à-dire un droit réel, indivisible, qui s'oppose à la division, et confère le droit de suite en même temps que celui de préférence.

Digitized by Google

Le créancier séparatiste possède d'autant plus ce droit réel, indivisible, que, d'après les adages, inspirateurs de la séparation des patrimoines, et qui sont devenus ses principes, « *nemo liberalis nisi liberatus; bona non dicuntur nisi de-* « *ducto ære alieno*, » le créancier prime le légataire particulier. S'il se fait une distribution judiciaire, et que le créancier et le légataire aient tous deux inscrit dans les six mois, le créancier sera colloqué avant le légataire, uniquement parce que le premier possédera un *privilége préférable à celui du second*, et cependant on voit des jurisconsultes repousser le privilége du créancier tout en admettant celui du légataire particulier!

MM. Pont et Troplong se sont élevés contre le nom de *privilége* donné par l'article 2111 au droit du créancier; mais ils n'ont rien dit contre l'article 2113 qui lui confère une *hypothèque*. Ils reconnaissent donc que le créancier, qui a inscrit après les six mois, possède, par son hypothèque, un droit réel, indivisible par sa propre nature, suivant l'immeuble en quelques mains qu'il passe (art. 2114), et qui par conséquent s'oppose à la division. Comment donc peuvent-ils refuser à ce créancier un vrai privilége, lorsqu'il a inscrit dans les six mois? Est-ce que celui qui a soigné ses intérêts en exécutant l'article 2111, serait moins bien placé que celui qui les a négligés pendant quelque temps en ne faisant que l'inscription de l'article 2113?

Si donc MM. Pont et Troplong veulent se débarrasser de l'argument qui naît de l'article 2113, il faut qu'ils aillent jusqu'à dire, ou que cet article 2113 profitant au légataire particulier comme aux autres créanciers privilégiés, ne profite pas au créancier héréditaire, et l'on ne voit pas sur quoi l'on pourrait appuyer une pareille prétention; ou que ce même article 2113, se référant à tous les priviléges sur les immeubles, ne se réfère aucunement à l'article 2111, et ne profite ni au créancier ni au légataire particulier, ce qui serait aussi peu fondé que le système précédent.

Donc, si le créancier du défunt, qui n'a inscrit qu'après les six mois, d'une manière un peu tardive, a néanmoins une hypothèque, c'est-à-dire un droit réel, indivisible, suivant l'immeuble, donnant la préférence, s'opposant à la division, celui qui a inscrit avant les six mois possède un vrai privi-

Digitized by Google

lége, un droit réel, indivisible, qui s'oppose aussi bien, et encore plus, pour ainsi dire, à la division.

On a objecté que le décès du débiteur n'a pu changer la *nature* de la créance chirographaire, et la rendre privilégiée ou hypothécaire. Mais d'abord, ce que le décès n'a pu opérer par lui-même, la loi a pu le faire, par suite de ce décès et elle l'a fait. Puis, il n'est pas exact de dire que le législateur a attaché le privilége et l'hypothèque à la *nature* de la créance, car il les a attachés à sa qualité (art. 2095 C. Nap.). La créance du séparatiste possède la *qualité de créance due par le défunt*. C'est à cette *qualité* que la loi accorde le privilége et l'hypothèque. Donc l'objection proposée ne porte pas.

La Cour de Nancy a usé, en faveur de la division, du mot *conservent* de l'article 2111. Ce qu'elle en a dit me fait craindre qu'elle ne s'en soit pas fait une idée juste. Voici le sens de cet article, qu'il faut relier à l'article 2113 pour en avoir une parfaite intelligence : « L'article 2111 accorde un privilége « si l'on inscrit dans les six mois, et l'inscription est le « moyen, pour le créancier, de conserver ce privilége. S'il « n'inscrit qu'après le décès, il perd, *il ne conserve* plus ce « privilége, il n'a qu'une hypothèque. » Donc le mot *conservent* de l'article 2111 ne peut fournir aucun argument en faveur de la division.

La théorie s'égare souvent parce qu'elle n'aperçoit pas, quelquefois, toutes les faces d'une question. Ceux qui soutiennent la division, repoussent le privilége, et n'admettent que le droit de préférence vis-à-vis des créanciers personnels, ne voient de danger, pour le créancier du défunt, que du côté de ces créanciers personnels de l'héritier, qui ne tiennent cependant leur droit que de leur débiteur dont ils sont les ayants cause. Pour ce motif, ils croient satisfaire à son intérêt légitime en lui reconnaissant la préférence, qui ne s'exerce que lorsqu'il y a des créanciers personnels, et qui ne naît cependant que du droit réel, indivisible, entraînant le droit de suite. Mais ce n'est pas seulement des créanciers personnels que le créancier héréditaire a quelque chose à craindre, c'est encore, et *principalement*, de l'héritier lui-même, qui n'a rien à démêler avec le droit de préférence, qui, en l'absence de tout droit réel sur les biens qu'il a recueillis, et par conséquent de tout droit indivisible et de

Digitized by Google

suite, peut, à l'insu du créancier du défunt, vendre les biens, comme le dit l'article 880 du Code Napoléon, en toucher le prix entier, sans désintéresser ce dernier et lui enlever par là toute garantie.

On me dira que l'inscription séparative existe, est connue de l'acquéreur et que ce dernier devra en garder en main le montant, pour sa sûreté personnelle. Mais, si cette inscription n'est ni un privilége, ni une hypothèque, comment pourra-t-elle s'opposer au payement de la totalité du prix? Le vendeur n'aura-t-il pas le droit d'exiger ce payement en dépit de l'inscription? La considérera-t-on comme une saisie-arrêt? Mais une pareille saisie est nulle, si elle n'est pas faite dans les formes tracées par la loi. Si l'inscription ne donne que le droit de préférence, qui ne touche en rien l'héritier vendeur, comment ce droit s'exercera-t-il s'il n'y a pas de créancier personnel? Enfin, s'il n'y a pas de droit *de suite*, l'immeuble ne sera-t-il pas affranchi dès qu'il sera sorti des mains de l'héritier, et parce qu'il en sera sorti? Il est donc nécessaire que l'inscription séparative soit privilégiée ou hypothécaire, contre l'héritier lui-même; c'est elle qui, suivant l'immeuble entre les mains de l'acquéreur, empêchera ce dernier de se libérer au détriment du créancier du défunt, et assurera par là à ce dernier la préférence sur les créanciers personnels de l'héritier.

On a prétendu tantôt que le décès du débiteur, étant indifférent à ses créanciers chirographaires, ne pouvait leur donner de nouveaux droits. J'ai réfuté cet argument, mais je puis dire, à mon tour, que le nombre des héritiers est indifférent au créancier, qui est plutôt créancier des biens et de la succession que des cohéritiers, et que si, dans le cas où il n'y aura qu'un seul héritier, la Cour de cassation et la Cour de Rennes reconnaissent le droit *réel*, *indivisible*, *suivant* partout les biens héréditaires, et conférant la *préférence*, il doit en être de même lorsqu'il y a plusieurs cohéritiers.

Il faut donc tenir pour certain que la séparation donne au créancier du défunt qui l'exerce, un privilége, s'il inscrit dans les six mois, une hypothèque, s'il inscrit plus tard, c'est-à-dire un droit *réel*, *indivisible*, *totum in toto*, *totum in qualibet parte*, qui s'oppose à la *division* de la dette entre les cohéritiers, lorsqu'il agit hypothécairement.

Digitized by Google

On me demandera peut-être ce qu'il faudra décider dans le cas où le créancier n'a inscrit la séparation que contre un seul des cohéritiers. Je répondrai que ce créancier ne pourra agir contre ce cohéritier que pour sa part, même hypothécairement, parce que par sa conduite, il a fait lui-même cette division, et a accepté les autres cohéritiers pour débiteurs de leur part contributive.

Il y aurait certainement beaucoup d'autres arguments à apporter contre la division, mais je n'ai pas voulu faire ici un traité complet de la question; je me suis borné à ce qui me paraissait nécessaire ponr écarter, en pleine connaissance de cause, la doctrine que j'ai cru devoir critiquer.

AMÉDÉE NICOLAS.

LES CONSEILS DE PRÉFECTURE.

Nous avons reçu la lettre suivante de notre collaborateur M. Migneret, ancien conseiller d'État.

La question à laquelle cette communication se réfère a été traitée dans deux articles publiés par la *Revue*, le 15 avril 1873 (nouv. série, t. I, p. 301) et le 15 janvier 1873 (t. II, p. 65).

Monsieur le Directeur,

Le *Journal officiel* du 6 octobre contient une note résumant les travaux des conseils de préfecture pendant les années 1871 et 1872. J'ignore si vous jugerez utile de publier dans votre recueil ce document qui me semble un commentaire naturel et saisissant des considérations générales et théoriques que j'ai eu l'avantage d'exposer dans votre numéro du 15 janvier 1873 à l'occasion du projet de loi relatif à la suppression de ces tribunaux. Dans tous les cas il me suggère quelques réflexions que je crois devoir soumettre aux lecteurs de la *Revue*.

Le nombre des affaires soumises à ces tribunaux a constamment progressé et s'est élevé en 1871 à. 428,734
en 1872 à. 437,234

Le nombre des décisions rendues a suivi une marche analogue et s'est élevé en 1871 à. 403,942
en 1872 à. 420,497

Transportée de cette juridiction supprimée à d'autres ju-

Digitized by Google

ridictions déjà investies de nombreuses attributions, cette masse de décisions à rendre révèle, par ces chiffres seuls, la gravité de l'entreprise et fait entrevoir, comme conséquence de l'article 1er du projet de loi, une grosse perturbation dans les habitudes judiciaires.

Si, toujours en suivant ce projet article par article, on entre dans le détail, on trouve d'abord les autorisations de plaider.

Le nombre s'en est élevé en 1871 à. 2,589
et en 1872 à. 4,876

(La guerre et les troubles civils expliquent cette énorme augmentation.)

Sur ce nombre, 169 autorisations seulement ont été rejetées en 1871, et 357 en 1872.

Les conseils de préfecture n'ont été sur ce point ni inoccupés ni rigoureux dans l'examen des dossiers, et les communes ont pu librement défendre leurs droits.

Mais, en ce qui concerne les affaires administratives pour lesquelles le préfet se contente de ses seules lumières et supprime l'avis des conseils de préfecture, le nombre est à lui seul un avertissement et, j'ose le croire, un argument en faveur de mes observations.

En 1871, 34,768 dossiers ont nécessité cet examen préalable, on en compte en 1872 34,617. Si mince que soit l'estime accordée par les auteurs du projet au contrôle des conseils, c'est toujours un chiffre de 35,000 affaires environ qu'on confie à l'appréciation arbitraire du préfet seul, c'est-à-dire de ses bureaux, et une garantie qu'on enlève à 35,000 justiciables sans la remplacer par rien.

Mais arrivons au contentieux proprement dit.

L'ensemble des affaires jugées a été en 1871 de 336,681 (sur 352,493 affaires introduites) et en 1872 de 323,364 (sur 329,972).

Sur cette masse 326,273 affaires en 1871 et 314,485 en 1872 ont été jugées sans observations orales des parties, c'est-à-dire sur mémoires, après instruction purement administrative, et sans aucune espèce de frais.

Quant aux affaires *plaidées*, les parties ont exposé personnellement leurs droits dans 6,550 affaires en 1871 et dans 5,688 en 1872. Elles ont été représentées par des mandataires dans 3,858 affaires en 1871, et dans 3,191 en 1872.

Digitized by Google

Rapprochez ces chiffres de l'article 5 qui renvoie le contentieux aux tribunaux, ajoutez-y les atténuations de l'article 10 si vous voulez, il n'en restera pas moins l'augmentation énorme de frais que la nécessité de se faire représenter, de signifier, contre-signifier, etc., imposera aux justiciables soustraits à une juridiction qui statue aujourd'hui *sans frais* sur 320,000 affaires et néanmoins prononce en moyenne 200,000 admissions totales et 60,000 partielles et seulement 60,000 rejets.

Je n'entends pas rouvrir la discussion, mais je préviens une objection en faisant remarquer que les réclamations en matière de travaux publics qui ne sont l'objet d'aucune exception dans le projet de loi quant à la procédure ordinaire, figurent dans ce total pour 1,684 affaires en 1871 et pour 1,969 en 1872.

Quelle riche mine préparée aux jugements préparatoires, interlocutoires, aux expertises, au timbre et aux officiers ministériels qu'une moyenne de 2,000 procès de ce genre par année!

J'arrive aux contributions directes. On a paru croire que l'intervention des conseils sur ce point constituait un simple enregistrement, et que leur enlever ce soin c'était les décharger d'une besogne inutile. Voici ce que répond la statistique :

En 1871, 340,919 affaires ont été introduites et 325,893 ont été jugées; — en 1872, 321,862 ont été introduites et 316,184 jugées. Or, dans ce total, il y a 5,993 affaires en 1871 et 5,979 en 1872 dans lesquelles des observations ont été présentées par les parties ou par leurs mandataires. Mais si l'on remarque que la représentation par mandataires est l'exception, qu'elle n'a eu lieu que dans 1,779 affaires en 1871 et dans 1,613 en 1872, on voit que le projet de loi aggrave singulièrement la situation du contribuable en lui imposant une procédure où la représentation par mandataire deviendra une obligation, ou tout au moins une nécessité.

L'augmentation de frais qui en résultera se produira, en moyenne, dans 4,000 affaires par an.

Les réclamations en matière d'élections ont été nombreuses : 5,116 en 1871, dont 5,064 ont été jugées; 242 en 1872, dont 238 ont été jugées. D'après l'article 11 du projet,

Digitized by Google

toutes ces affaires auraient été instruites, plaidées et jugées comme *affaires sommaires*, avec les frais que comportent ces procédures.

J'arrête à ces quelques mots mes observations sur ce compte rendu. Il permet d'estimer en chiffres les conséquences du projet de loi et d'apprécier l'attaque aussi bien que la défense, par les faits tout aussi bien que par la théorie. C'est tout ce je désire.

Veuillez agréer, etc. S. MIGNERET.

BIBLIOGRAPHIE.

NOVUM ENCHIRIDION JURIS ROMANI

In quo continentur : Legum antiquarum, imprimis XII Tabularum nec non Edicti prætoris quæ supersunt, Pauli Sententiæ, Ulpiani fragmenta varia, Gaii et Justiniani Institutiones, Fragmenta Vaticana, Monumenta legalia, Tabula negotiorum solemnium et aliæ plurimæ juris romani reliquiæ. Recensuit et edidit CAR. GIRAUD, antecessor parisiensis. — Parisiis, apud Cotillon, 1873; 689 p. in-12. 6 fr.

Compte rendu par M. Ernest DUBOIS,
Professeur à la Faculté de droit de Nancy.

La publication d'un manuel de droit romain n'est pas chose nouvelle. On connaît les recueils qui, sous des noms divers, ont été composés, soit en France, soit à l'étranger, par MM. Blondeau, Laboulaye, Pellat, Bruns, Huschke... On peut toutefois, sans méconnaître les services importants que ces recueils ont rendus et rendront encore à la science, signaler le mérite et l'opportunité du nouvel *Enchiridion* que nous donne M. Giraud.

Que son recueil ne fasse double emploi avec aucun de ceux qui l'ont précédé, c'est ce dont le nom seul du savant éditeur est une garantie. Il suffit de connaître quelques-uns des travaux par lesquels il a déjà si souvent montré ce que l'histoire, l'épigraphie et la critique des textes apportent de lumières au jurisconsulte, pour être assuré d'avance qu'un livre sorti de ses mains ne peut manquer de valeur propre et d'originalité. Il contrôle et complète par ses recherches personnelles le résultat des immenses travaux entrepris sur

Digitized by Google

les textes qu'il édite par l'érudition française et étrangère, particulièrement par les Allemands. Avec autant de patience que de sagacité, il est plein d'attention, de respect pour l'œuvre de ses devanciers, tout en conservant son indépendance. C'est ainsi, pour n'en citer qu'un exemple, qu'en ce qui concerne les Institutes de Justinien, il pense que si, même après Cujas et Schrader, Krueger a pu encore en améliorer le texte, et après celui-ci Huschke, lui-même peut se flatter d'y apporter encore quelques améliorations nouvelles.

Mais ce qui constitue surtout le mérite particulier et la nouveauté du Manuel de M. Giraud, c'est le fait même de la réunion dans un seul volume des divers éléments qui le composent.

Jusqu'à présent les ressources si précieuses fournies par les inscriptions, les tablettes et les autres monuments qui viennent directement de l'antiquité, n'étaient à la disposition que d'un très-petit nombre de personnes. A peine à la portée des professeurs, elles n'étaient nullement à celle des étudiants. Pour mon propre compte, frappé de plus en plus chaque année de l'importance des inscriptions dans l'étude et l'enseignement du droit, j'insistais avec soin sur la distinction des sources pures d'avec celles qui ne le sont pas; je signalais l'intérêt des documents à l'aide desquels nous pouvons prendre les anciens sur le vif. Mais après en avoir nommé quelques-uns, après avoir indiqué sommairement ou fait entrevoir le profit que les études juridiques en ont déjà retiré, celui qu'on peut encore en attendre, je ne pouvais aller plus loin d'une manière utile; je m'abstenais de toute citation, dans la conviction qu'une citation de texte ne porte quelque fruit qu'autant que l'auditeur est à même d'en faire par lui-même la vérification, le contrôle et l'étude. On me pardonnera sans doute d'avoir parlé de mon propre enseignement; j'ai cru ne pouvoir mieux montrer à quel besoin réel vient donner satisfaction le livre dont j'ai la bonne fortune de rendre compte, qu'en rappelant le besoin que pour ma part j'avais ressenti plus d'une fois d'une publication de ce genre.

Déjà notre inspecteur général avait publié l'année dernière la presque totalité des mêmes textes épigraphiques et autres sous ce titre : *Juris romani antiqui vestigia, fragmenta, monu-*

Digitized by Google

menta ad usum scholarum, collegit C. Giraud... (V. le compte rendu qu'en a donné dans la *Revue*, t. Ier de la nouvelle série, p. 256-264, mon collègue et ami M. Boissonade.) C'était beaucoup sans doute pour la vulgarisation parmi nous de ces textes; mais le nouveau volume marque dans cette voie un pas de plus, tout à fait digne d'attention, et qui doit être, si je ne me trompe, décisif.

En effet, tant que les textes épigraphiques faisaient l'objet d'un ouvrage à part, il était à craindre qu'ils ne pénétrassent guère dans la masse des étudiants et du public. En les réunissant au contraire dans un volume qui contient à côté d'eux les textes les plus élémentaires et les plus indispensables, tels que les Institutes de Gaïus et de Justinien, et en faisant du tout un volume non encombrant et accessible à tous, M. Giraud a fourni un instrument propre à transformer l'enseignement du droit romain. Lorsque professeurs et élèves auront sous la main, à côté des textes chaque jour feuilletés, le témoignage vivant d'une inscription à invoquer à l'appui d'une solution, n'est-il pas permis d'espérer qu'ils ne négligeront pas d'y recourir? Quelle que soit la puissance de la routine et de la paresse, n'est-il pas permis de croire que ces deux redoutables ennemies, grâce à la diffusion des moyens de les combattre, recevront des coups toujours de plus en plus rudes et de plus en plus nombreux? Par là se répandront de plus en plus la notion et les habitudes de la vraie science, de celle qui consiste dans l'étude directe des sources et non dans la paraphrase ou le résumé des commentaires. Ce n'est point qu'il faille dédaigner ces derniers, car ils renferment une part de lumières; mais jamais on ne peut trop répéter à tous, et notamment aux étudiants toujours portés à l'oublier, que la connaissance des commentaires n'est qu'un secours pour arriver à celle des textes, et que celle-ci ne saurait être ni dominée ni remplacée par celle-là.

Il y a donc lieu de remercier l'habile auteur de la nouvelle collection. Ajoutons que le moment présent était, à plusieurs égards, bien choisi pour son apparition. D'un côté, les malheurs de la patrie, loin de nous abattre, ont dissipé plusieurs de nos illusions et suscité une ardeur généreuse, une disposition des esprits favorable à la nouveauté et à l'agrandissement des horizons. D'un autre côté, la science

Digitized by Google

épigraphiqne avait fait dans ce siècle de tels progrès que le temps était venu de ne plus en renfermer les résultats dans l'enceinte des Académies, mais bien de les répandre au sein des Facultés. Il appartenait à M. Giraud, qui occupe un rang éminent à l'Institut non moins que dans les Facultés de droit, et qui, pour sa part, a si largement contribué au développement de l'épigraphie juridique, de publier un recueil où se montre d'une manière si frappante l'alliance de la science du droit et de celle des inscriptions.

Voici, dans l'ordre même du *Novum Enchiridion*, les textes et documents qui y sont contenus :

1° *Legum regiarum memoriæ;*

2° *Legum XII Tabularum testimonia, fragmenta genuina quæ supersunt;*

3° *Legis Juliæ et Pappiæ Poppææ reliquiæ superstites;*

4° *Edicti prætorii atque ædilitii sententiæ quæ supersunt;*

5° *Julii Pauli sententiæ*, et fragment d'Institutes;

6° Fragments d'Ulpien et attribués à Ulpien;

7° Institutes de Gaïus;

8° *Lex Dei sive mosaicarum et romanarum legum Collatio;*

9° *Fragmenta Vaticana;*

10° *Veteris jurisconsulti consultatio;*

11° *Fragm. C. Scævolæ adscriptum a Dositheo servatum;*

12° Institutes de Justinien;

13° Novelles 118 et 127 de Justinien;

14° *De notis juridicis monitum;*

15° *M. Valerii Probi de juris notarum significatione;*

16° Douze *leges : Agraria vulgo Thoria,— servilia seu Acilia repetundarum, — tabula Bantina* (*lex romana*), — *Antonia de Termessibus, — Cornelia de quæstoribus, — Rubria de Gallia Cisalpina,— Julia municipalis* (*tabula Heracleensis*),— *Mamilia Roscia, — Quinctia de aquæductibus* (ces deux dernières ont une source littéraire et non épigraphique), — *de imperio Vespasiani,— Municipalis Salpensana,— Municipalis Malacitana;*

17° Trois sénatus-consultes : *de Bacchanalibus, — de aquæductibus,— de ædificiis non diruendis;*

18° Trois édits : d'Auguste, *de aquæductu Venafrano*, — de Claude, *tabula Clesiana*, — d'Honorius et Théodose, conciles d'Arles; et une note sur d'autres édits;

19° Treize *Tabulæ negotiorum solemnium :* un acte d'em-

Digitized by Google

prunt, trois de donation, un de vente, trois d'obligation hypothécaire, un de fiducie, des *litteræ de ædificio post columnam D. Marci extruendo*, deux testaments, un procès-verbal d'ouverture de testament;

20° Trois actes relatifs à des corporations (*collegia*);

21° Trois *causæ forenses : lis fullonum de pensione solvenda*, — *Sententia : de loco religioso* (Senecio), — *de finibus agrorum* (Helvidius Priscus);

22° Une *Tabula honestæ missionis* (Claude Gregali Spartico);

23° Deux éloges funèbres (de Turia et de Murdia);

24° En appendice, deux fragments de Frontin, *De controversiis agrorum* et *De limitibus;* un de Siculus Flaccus, *De agrorum qualitate.*

On sent l'impossibilité d'analyser un ouvrage de ce genre. Je me bornerai à faire connaître la méthode, ou plus exactement les méthodes diverses adoptées par le savant éditeur qui a pensé, non sans raison, que pour publier des textes de nature si différentes, il convenait de diversifier les méthodes. Il indique en général lui-même les motifs qui l'ont déterminé à cet égard, dans des notices brèves, mais substantielles placées en tête de chaque texte. Ces notices contiennent en outre la mention des travaux antérieurs, de leur date et des recueils où ils ont paru.

En ce qui concerne les lois royales et les Douze Tables, le procédé de M. Giraud consiste à reproduire les passages des auteurs, juristes, historiens, littérateurs et autres qui ont, soit rapporté textuellement des fragments, soit analysé ou commenté des dispositions de ces lois. Il a trouvé là, entre deux extrêmes, un moyen terme fort heureux. En se bornant aux seuls fragments authentiques ou que l'on peut croire tels, comme l'a fait, par exemple, le regretté M. Pellat, on n'obtient trop souvent que des mots isolés qui n'offrent ni sens ni intérêt. L'inconvénient des restitutions est plus grand encore, car les essais que l'on propose, quelque prudents et ingénieux qu'ils soient, ont toujours quelque chose d'arbitraire et de contestable. La méthode suivie par M. Giraud conduit à un texte intéressant et vraiment instructif, sans rien abandonner de la rigueur scientifique indispensable en pareille matière.

On ne me reprochera pas, je pense, de m'arrêter ici un in-

Digitized by Google

stant pour montrer par un exemple, — on en pourrait donner un grand nombre d'autres, — la fécondité, la supériorité de cette méthode. Je prends le fragment célèbre de la septième table : *Si jurgant*. C'est à ces deux seuls mots que se sont bornés certains éditeurs. Quel sens peuvent-ils présenter à l'esprit? Rudorff et Bruns ont proposé cette restitution : « *Si jurgant* de finibus, tres arbitri fines regant. » M. Giraud indique cette restitution comme probable, mais ce qu'il donne, c'est le passage même de Nonius Marcellus qui en rapporte un de Cicéron où se trouvent les deux mots fameux. Voici le passage (il forme le fragment 7 de la table VII, p. 15 de l'*Enchiridion*) : Nonius Marcellus, v° *Jurgium*, p. 501, ed. Lud. Quicherat : « Jurgium et lis hanc habent distantiam : « jurgium levior res est siquidem inter benevolos aut pro- « pinquos dissensio vel concertatio jurgium dicitur, inter « inimicos dissensio lis appellatur. M. Tullius, *De republica*, « lib. IV : Admiror nec rerum solum sed verborum elegan- « tiam (legis XII Tab.); *si jurgant*, inquit : benevolorum con « certatio non lis immicorum jurgium dicitur. Et in se- « quenti : jurgare igitur lex putat inter se vicinos, non liti- « gare. » Au lieu d'un débris informe et insignifiant, on a sous les yeux un fragment qui éveille en foule les idées, qui soulève mille questions.

Quelle est précisément la différence entre les *jurgia* et les *lites?* Cette distinction n'est-elle pas, en germe au moins, celle qui sépare plus tard les actions *stricti juris* et *bonæ fidei?* Plusieurs l'admettent, par une interprétation assez naturelle, il faut l'avouer, des passages de Nonius et de Cicéron. Tout récemment, M. Karlowa a pris comme base de tout un ouvrage cette opposition entre les *jurgia* et les *lites*, qui n'est autre, selon lui, que celle même de la *jurisdictio* et du *jus*, d'une part, opposée à la *legis actio* et à la *lex*, d'autre part [1]. D'autres pensent au contraire que *jurgare* et *litigare* sont une seule et même chose. C'est l'opinion de Puchta [2]. D'autres enfin, Rudorff, Kuntze, Voigt, Hartmann,

[1] *Der römissche Civilprozes zur zeit der Legisactionen*, von O. Karlowa, ord. prof. des r. R. an d. U. Heildelberg. Berlin, Weidmann, 1872, VIII-396 p. in-8°.

[2] C'est aussi celle du professeur italien M. G. Padelletti, qui a rendu compte de l'ouvrage de M. Karlowa, *Archivio giuridico*, fasc. de juillet 1873, t. XI, p. 194-202

Digitized by Google

Huschke, entendent de plusieurs autres manières la distinction des *lites* et des *jurgia*.

De quoi s'agit-il au fond? De rien moins que de savoir ce qu'a fait le législateur des Douze Tables au point de vue de l'opposition du droit strict et de l'équité : opposition perpétuelle, inévitable, dont il est aussi curieux qu'instructif de suivre l'histoire dans la législation des peuples anciens ou modernes, et qui, aujourd'hui encore, soulève des questions multiples et complexes qui embarrassent les esprits les plus éclairés. Quel rôle la loi des Douze Tables faisait-elle a l'équité? La sacrifiait-elle entièrement pour donner au droit strict une protection d'autant plus sûre et d'autant plus rapide? Admettait-elle au contraire que l'équité devait être prise en considération non-seulement morale, mais encore juridique? Telle est la question qui se trouve engagée dans ce débat. En d'autres termes, il s'agit de savoir à quelle époque, et de quelle manière et dans quelle mesure les Romains ont séparé le droit et la morale, et mérité par là d'être appelés les fondateurs de la science du droit proprement dite, confondue avant eux soit avec la morale elle-même, soit avec la politique ou avec la religion. Le problème est assez délicat pour qu'il n'y ait pas lieu de s'étonner qu'il ait donné lieu à des controverses; ce qui serait surprenant, c'est qu'il n'en eût point soulevé.

Les lois Papiennes sont éditées dans l'*Enchiridion* suivant une méthode, sinon identique, du moins analogue à celle qui a été adoptée pour la loi des Douze Tables. Nous avons ainsi tantôt le texte même des lois, tantôt leur contenu probable d'après les passages des auteurs qui s'y réfèrent. La différence est marquée par celle des caractères d'impression, les petites capitales étant réservées pour les fragments du texte original : ces derniers sont au nombre de onze sur nn chiffre total de quarante-deux. Disons toutefois que, nonobstant cette précaution typographique, les fragments qui ne sont que de conjecture ont encore une apparence un peu trop semblable à celle d'un texte original. Il semble aussi qu'en désignant tous ces fragments par l'expression de *reliquiæ superstites*, l'illustre professeur ait employé un langage moins précis que d'habitude. Ce terme n'a-t-il pas du vague? N'aurait-il pas été remplacé avec avantage par les

Digitized by Google

mots *testimonia* et *fragmenta genuina* déjà employés pour la loi des Douze Tables? M. Giraud rejette un grand nombre des chapitres restitués par Heineccius, et suit principalement Van Hall, corrigé au besoin par Huschke et autres.

Les fragments de l'Édit prétorien, dont M. Girand s'est occupé à plusieurs reprises (dernièrement dans la *Revue de législation anc. et mod.*, 1870, t. Ier, p. 193-217 à propos du savant ouvrage de Rudorff), sont reproduits en général, et sauf diverses transpositions, dans l'ordre du Digeste, qui était celui même de l'Édit, comme on sait. Outre les travaux de Rudorff, l'éditeur a mis particulièrement à profit ceux de Haubold, sur l'Édit, comme pour établir les textes de Paul et d'Ulpien, ceux d'Arndts, Hänel, Böcking et surtout Huschke.

La nouvelle édition de Gaïus, dont la place était, ce semble, avant celle qu'occupent Ulpien et Paul, distingue avec soin, d'après l'état du palimpseste de Vérone, ce qui est entièrement conservé, ce qui est restituable, enfin ce qui est entièrement illisible : dans ce dernier cas, un exposé succinct fait connaître les conjectures les plus plausibles sur le contenu du texte. Les passages de l'*Epitome* sont reproduits; les restitutions les plus douteuses sont accompagnées de points d'interrogation; en note, enfin, sont signalées les divergences principales entre les divers essais de restitution.

Les Institutes de Justinien n'ont pas été l'objet de moindres soins. Le but que s'est proposé M. Giraud a été, non de les publier avec leur *apparatus criticus;* il s'abstient en conséquence d'indiquer les diverses leçons des manuscrits; ce qu'il a voulu, c'est donner aux jeunes gens la meilleure recension d'un texte si souvent édité. J'ai dit plus haut dans quel esprit cette œuvre avait été conduite.

La publication du texte des inscriptions et autres monuments authentiques est précédée d'un fragment qui, malgré sa brièveté, mérite de ne pas passer inaperçu, et qui forme une introduction bien appropriée aux textes épigraphiques. Je veux parler du passage de Valerius Probus où se voit l'explication des abréviations usitées chez les Romains dans les monuments publics et les livres d'histoire, dans les lois, plébiscites et sénatus-consultes, dans les *legis actiones* et dans les édits des magistrats.

Quant aux textes eux-mêmes des inscriptions, je me lais-

Digitized by Google

serais entraîner trop loin si je voulais signaler l'immense intérêt qu'ils présentent tous, et qu'offrent particulièrement ceux qui nous initient à la vie intime et aux détails, parfois les plus touchants, de l'existence des anciens (donations, testaments, statuts de corporations, éloges funèbres). J'ai exprimé ci-dessus mon opinion sur l'importance d'une pareille publication dans un manuel destiné à être tous les jours consulté par les jeunes gens, et sur ce qu'il était permis d'en attendre pour le renouvellement de l'enseignement du droit romain. C'est maintenant à ceux qui sont chargés de cet enseignement qu'il appartient d'en tirer profit : c'est pour mon compte ce que j'essayerai de faire dans la faible mesure de mes forces et des moyens qui sont à ma disposition.

Je n'ajoute plus qu'un mot sur la manière dont M. Giraud a entendu la reproduction de ces monuments authentiques. Il a conservé les anciennes formes de langage et d'ortographe autant qu'il l'a pu d'après l'état même de ces monuments. Ce procédé est beaucoup plus scientifique que celui qui consiste à les revêtir des formes modernes, et l'augmentation de difficulté qui en résulte pour la lecture des textes, bien plus apparente que réelle, est, à vrai dire, insignifiante : le moindre exercice suffit à la faire disparaître.

ERNEST DUBOIS.

LES PÉNALITÉS DE L'ENFER DU DANTE,

Par M. J. ORTOLAN,
Professeur de législation pénale comparée à la Faculté de droit de Paris.

Compte rendu par M. Gabriel DEBACQ,
docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris.

Nous n'avons pas la prétention d'aborder ici l'examen critique de la Divine Comédie. Pareil travail ne serait point à sa place dans les colonnes de la *Revue;* il faudrait d'ailleurs, pour discuter l'œuvre de Dante, plus d'autorité qu'il ne nous est donné d'en posséder. Ajoutons qu'il n'est guère permis, quand on parle de la Divine Comédie, d'accuser un autre sentiment qu'une admiration passionnée, non pas seulement pour la langue, le style du poëte, mais pour la puissance, la

Digitized by Google

profondeur du penseur et du philosophe. Il est convenu que Dante est un maître en toutes choses, et volontiers beaucoup de gens chercheraient-ils en son livre le résumé de toutes sciences. Tenter de réagir contre une opinion aussi généralement acceptée serait d'un téméraire, et cependant nous ne pouvons nous associer sans quelque réserve à cet enthousiasme universel.

Dante était sans doute un grand génie, mais c'était aussi avant tout un esprit malheureux qui paraît ne s'être fait quelque idée de la vertu et du bien que pour voir le mal et le vice partout, excepté peut-être en lui-même, car Dante qui a livré aux tourments de l'enfer les calomniateurs, les envieux, les ingrats, les colères, laisse trop souvent percer dans son œuvre la haine, la calomnie, la colère, l'ingratitude.

Dante a été l'élève de Brunetto Latini ; il l'a aimé, il le dit du moins, comme un fils aime son père. Pour lui témoigner sa gratitude, sa filiale affection, il lui inflige un stigmate honteux. Il le parque, en son enfer, dans l'enceinte réservée aux infâmes, au milieu des flammes qui dévorent les gens de Sodome et de Gomorrhe. C'est ainsi que le poëte entend la gratitude.

On sent, à lire la Divine Comédie, combien les passions violentes y dominent. Dante a beau chanter sa Béatrice, toute cette tendresse est de mauvais aloi, on sent l'effort de l'homme qui lutte contre son naturel ; il est ainsi fait qu'il ne peut trouver un objet digne de son affection ou de ses sympathies. C'est à une abstraction qu'il adresse son chant d'amour. Bien heureux le Dante d'avoir perdu sa maîtresse ; si elle eût vécu, il l'aurait haïe, il aurait fini par la loger dans quelque cercle de son enfer. Il était trop misanthrope pour rien aimer ici bas.

Il a souffert ; les souffrances ont aigri son âme, soit ; mais il suffit de parcourir l'enfer pour se convaincre que Dante méritait de souffrir. La manière dont il exécute ceux qui ne pensaient pas comme lui, les flétrissures qu'il leur adresse, les hontes dont il les abreuve nous les rend intéressants, malgré que nous en ayons.

A le voir faire si délibérément le métier de tourmenteur, on ne pense plus au proscrit. On se dit du moins que ceux

Digitized by Google

qui ont envoyé Dante en exil l'ont frappé bien doucement. Pour qui pensait comme lui, il ne devait y avoir place en aucune cité.

L'harmonie du vers ne doit pas faire oublier les doctrines qu'il enveloppe, le poëte ne peut faire oublier l'homme de parti, l'insulteur, le bourreau.

En vain voudrait-on faire de Dante un justicier.

Il n'y a pas de justice où il y a haine et vengeance.

Il n'y a pas de justice ou il n'y a pas de pitié, où il n'y a pas d'espoir pour le coupable qui est frappé.

Dante a fait de sa comédie, qu'on ne peut appeler divine qu'en insultant à Dieu, le livre du désespoir, de l'éternel grincement de dents.

Le livre tout entier, c'est l'enfer; l'enfer qui domine de toute sa sauvage énergie le purgatoire, le paradis, humbles épisodes auxquels un lecteur sur mille donne à peine quelques minutes d'attention. C'est qu'en effet Dante, si l'on peut juger d'un homme par ses écrits, par celles de ses pensées qu'il lui plaît de livrer au public, ne pouvait rien comprendre au paradis, le lieu de l'éternel bonheur, de la paix éternelle, ce sanctuaire de l'universel amour; il ne pouvait concevoir le purgatoire, cette touchante protestation du catholicisme contre la perpétuité des peines, ce symbole de l'espoir toujours offert au coupable repentant. L'esprit du poëte florentin, si grand qu'il fût, s'arrêtait à la vengeanee, il ne pouvait arriver jusqu'au pardon.

Lasciate ogni speranza est bien l'épigraphe qui convient à cette épopée de la haine que les lettrés de ce monde admirent sans oser protester depuis six siècles.

Sacer esto, disait à la victime le bourreau de la Rome des premiers jours, au moment où il allait frapper.

Sois sacré, toi qui payes ta dette. La peine que tu subis efface le crime que tu as pu commettre.

Sois sacré, parce que le misérable est chose sacrée au penseur et au philosophe : *res sacra miser*. Sois sacré, car qui sait quelle force a inspiré ta conduite, guidé ta main et pour un temps voilé ta raison; qui sait si tu n'es l'aveugle instrument d'une volonté supérieure contre laquelle tu n'as pu lutter, et dont les mobiles échappent à l'humaine sagesse.

Sois maudit à jamais, écrit Dante.

Digitized by Google

L'éternité de la peine, sans rémission, sans place pour la réhabilitation, sans place pour le repentir; le talion. Telle est la base des pénalités de l'enfer de Dante. Le droit criminel du poëte repose sur une seule idée, la vengeance.

Aussi Dante n'est-il pas un justicier.

Les criminalistes vraiment dignes de ce nom lui refuseront toujours place dans leurs rangs, et ne devront professer pour ses doctrines que répulsion et mépris. Et cependant telle est la fascination étrange qu'exerce sur les esprits les plus distingués, les plus rebelles aux préjugés, l'auteur de la Divine Comédie, qu'il s'est trouvé un membre de la Faculté de droit de Paris pour étudier au point de vue scientifique les pénalités de l'enfer de Dante, et chose à noter, ç'a été de tous les juristes de notre temps celui dont les théories de droit pénal devaient, ce semble, s'éloigner davantage de celles qui servent de base à l'épopée florentine.

Nous avons nommé M. Ortolan, le professeur éminent dont la science pleure la perte récente.

D'autres voix plus autorisées que ne saurait l'être la nôtre ont rendu à l'homme et au savant le tribut d'éloges et de regrets qui lui était dû. Nous ne pouvons que nous associer aux sentiments que MM. Giraud, Lacan et Monnier ont si bien exprimés. Mais nous voulons rappeler que l'idée mère de toutes les publications de M. Ortolan sur le droit criminel, la thèse qu'il aimait à développer devant ses auditeurs à l'amphithéâtre de l'École de droit, le thème de toutes ses conversations se résumait en ceci: réhabilitation du condamné par la peine même qu'il subit, amendement et retour au bien. Nulle législation pénale n'était bonne d'après lui qui ne poursuivait pas ce but avant tout autre. S'il fallait avoir en horreur le crime, il fallait tendre au criminel une main secourable, l'aider à sortir de l'abîme où la passion l'avait entraîné, et d'où la peine habilement raisonnée et appliquée devait contribuer à le tirer. Il fallait, au fronton de tous les établissements consacrés à la peine, inscrire, au rebours de Dante aux portes de son enfer: « Prenez espérance vous qui entrez, » espérance de revenir un jour au sein de la société, purifiés par le châtiment, par le repentir qu'une nouvelle éducation morale vous aura permis d'é-

Digitized by Google

prouver, par la volonté de réparer, à force de dévouement au bien, le mal que vous aurez fait, et à l'occasion duquel la société a dû vous frapper.

C'est donc un singulier contraste que de voir M. Ortolan, l'homme de la réhabilitation, commenter Dante, l'homme de la vengeance. L'étude des pénalités de l'enfer du Dante a été l'un des derniers travaux de M. Ortolan. La piété de la famille a recueilli cette œuvre suprême du criminaliste mourant. Nous avons lu ce petit livre avec l'attention respectueuse que nous imposait le mérite incontesté de l'auteur : et nous avons été surpris de ne pas trouver sous la plume de M. Ortolan de plus énergiques protestations contre le système de pénalités du Dante. Ainsi, par exemple, à la femme qui a trahi la foi conjugale, Dante fait grâce, autant du moins qu'il peut faire grâce; le mari qui a frappé la coupable est relégué au fond de l'enfer dans le cercle de Caïn, au rang des plus grands criminels. M. Ortolan applaudit.

Il ne dit pas que si la femme adultère est si doucement traitée, c'est qu'elle est d'une famille qui appartient au parti politique de Dante, qui a avec le poëte des ennemis communs, c'est une Guidi : le mari qui a fait justice a frappé une « alliée » de Dante; il n'est pas pour lui de trop cruel châtiment. Il ne faut pas chercher ailleurs que dans cette situation particulière de l'un des époux au regard du poëte la raison de cette faiblesse pour l'une, de cette sévérité pour l'autre.

Après avoir parcouru « les pénalités de l'enfer », nous sommes resté absolument convaincu qu'il est, au point de vue scientifique et humanitaire, absolument inutile d'étudier le système pénal de Dante; l'échelle des pénalités est graduée dans la Divine Comédie, non d'après la grandeur du forfait, mais d'après le mal ou simplement l'ennui que le coupable a pu causer au poëte ou la haine que celui-ci lui porte.

De tous les textes de droit, Dante ne connait, ne pratique que l'*adversus hostem æterna auctoritas esto.*

Frapper son ennemi, le frapper toujours, sans merci. C'est, ce nous semble, la seule doctrine que Dante a jamais comprise; c'est l'idée mère de son livre.

Nous ne croyons pas qu'en écrivant son petit traité sur

Digitized by Google

l'enfer du Dante, M. Ortolan ait pensé faire autre chose qu'apporter sa pierre à l'édifice d'admiration élevé à la gloire du poëte florentin. La lecture des *Pénalités de l'enfer du Dante* nous a, quant à nous, conduit à professer pour la Divine Comédie, au point de vue pénal du moins, un sentiment tout opposé à celle qui a inspiré M. Ortolan.

Nous avons le ferme espoir que si la postérité continue à professer pour l'admirable langue du Dante un enthousiasme mérité, elle saura s'arrêter là et n'ira pas chercher dans la Divine Comédie des leçons de droit criminel. Elle répudiera les traditions de l'Enfer, elle comprendra que le but de toute législation pénale doit être, non pas seulement de frapper, mais surtout d'amender le coupable, et que la vengeance, dans nos lois modernes, ne doit pas tenir tant de place qu'il n'en reste à la pitié.

Elle comprendra aussi que dans une société policée le rôle des poëtes est de faire des vers, rien de plus, et qu'un peuple commettrait la plus insigne erreur s'il se laissait conduire et diriger par des versificateurs si grands qu'ils fussent, surtout s'il demandait à ces poëtes de lui poser les bases de son droit pénal.

Le législateur doit prendre la société pour ce qu'elle est. S'il lui est permis, s'il lui est donné d'essayer, par des dispositions légales habilement conçues, de l'amender ou de le réformer, il faut qu'il se garde de faire du sentimentalisme : ce n'est pas la perversité morale seulement qu'il doit réprimer ou prévenir, c'est l'atteinte directe et matérielle à l'ordre social. Sans doute l'hypocrisie est un mal, la flatterie un mal, l'indifférence politique également, quoique sur ce point nous ne pensions pas tout à fait comme Dante. Mais le droit pénal a malheureusement d'autre but à poursuivre que de s'occuper de ces égarements. C'est affaire au moraliste et non au législateur, affaire à la justice de Dieu plutôt qu'à celle des hommes.

Il faut laisser aux poëtes le soin de plonger dans la boue ceux qui se sont livrés à des actes avilissants, de faire entraîner dans une éternelle tempête ceux qui se sont laissés aller aux entraînements de la passion amoureuse, d'immerger dans un océan de glace les traîtres dont le cœur est resté froid aux grandes idées de dévouement et de sacrifice, et qui ont livré,

Digitized by Google

pour satisfaire leur vengeance ou leur avidité, patrie, famille, amitié.

Tout cela c'est de la poésie, l'occasion de strophes brillantes, mais cela ne vaut rien au point de vue de la législation positive.

L'âme généreuse et enthousiaste de M. Ortolan a été séduite par la poésie de Dante.

L'homme de droit, le légiste, auraient dû réagir davantage, ce nous semble, contre les admirations du lettré.

On nous permettra de ne nous pas laisser aveugler par le respect que nous inspire le souvenir de M. Ortolan. L'éminent auteur de l'explication historique des *Institutes de Justinien* occupait dans le monde de la science une place trop haute pour avoir besoin d'être loué en toutes choses. Si nous osons ne pas penser, en ce qui concerne le droit pénal de Dante, la même chose que l'auteur des *Pénalités de l'enfer* et le dire franchement, c'est que nous savons que nos critiques ne peuvent pas plus porter atteinte à l'universelle réputation dont jouit M. Ortolan que nos louanges n'auraient pu y ajouter.

GABRIEL DEBACQ.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

1975. Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière et C°, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

La fin de non-recevoir résultant de ce qu'une nullité invoquée contre une vente nationale serait couverte par la prescription, peut-elle être appréciée par l'autorité judiciaire?

Par M. H. Lespinasse,
Premier avocat général près la Cour d'appel de Pau.

On connaît l'historique des biens nationaux et l'entraînement qui commença par mettre les propriétés ecclésiastiques à la disposition de la nation (loi du 4 novembre 1789), et bientôt après en fit ordonner la vente. La confiscation s'étendit successivement jusqu'aux immeubles possédés par les établissements de bienfaisance et n'épargna pas même les objets mobiliers consacrés au culte. Après les biens du clergé, ceux des émigrés subirent le même sort, et cette législation ne s'adoucit enfin qu'en l'an X.

Malgré la solennité avec laquelle la nation avait proclamé le droit qu'elle s'attribuait, malgré les prix dérisoires des adjudications, des scrupules très-respectables pouvaient arrêter beaucoup d'acheteurs. Aussi s'efforça-t-on par tous les moyens possibles d'inspirer aux possesseurs nouveaux une entière sécurité. L'inviolabilité des ventes fut érigée en principe de droit public, et poussée à ce degré de rigueur, que les tiers mêmes dont les héritages auraient été compris indûment dans les aliénations se trouvaient irrévocablement dépouillés sauf le recours à exercer par eux contre l'État dans un délai très-limité. De plus, les contestations auxquelles ces contrats pouvaient donner lieu, soit en la forme, soit au fond, devaient être jugées par le conseil de préfecture et, en appel, par le Conseil d'État.

La précaution relative à la compétence était loin d'être superflue. Dans deux arrêts de l'an XI la Cour suprême faisait remarquer que si la juridiction ordinaire eût été maintenue, on l'aurait vue plus d'une fois anéantir ou modifier, sous prétexte d'interprétation, des actes administratifs et multiplier à l'infini les demandes en indemnité dirigées contre la nation.

Digitized by Google

L'incompétence des tribunaux étant fondée sur un motif d'intérêt général, ne pouvait être couverte par le silence des parties. La même doctrine a été constamment consacrée par le Conseil d'État.

Le maintien des aliénations, au détriment des tiers, qui semble si excessif et qui l'est, en effet, n'est cependant pas d'invention récente. On trouve aux Institutes de Justinien, liv. II, t. VI, § 14, un passage dont voici la substance : « Une Constitution de l'empereur Marc-Aurèle « porte : Celui qui a reçu du fisc une chose appartenant à « autrui peut, après cinq ans écoulés depuis le jour de la « vente, repousser la revendication du véritable maître. « L'empereur Zénon, d'heureuse mémoire, a également réglé « tout ce qui concerne l'aliénation par le fisc de la chose « d'autrui. Il a voulu que le détenteur ne pût être troublé « dans sa possession et qu'il obtînt gain de cause, soit en « demandant, soit en défendant; a laissé seulement au vé- « ritable propriétaire la faculté de se pourvoir en indem- « nité contre le trésor. Nous avons étendu ces dispositions « aux aliénations de toutes sortes faites par nous ou par « notre auguste épouse. »

Comme on le voit, le fisc n'a jamais été scrupuleux sur les moyens de se créer des ressources.

Les deux règles exceptionnelles de la compétence administrative et de la forclusion contre les tiers ont dû naturellement se modifier sous l'influence de notre nouveau droit public. Il est universellement admis aujourd'hui que les tiers dépossédés par erreur, peuvent selon le droit commun, faire annuler les aliénations consenties à leur préjudice; mais ce retour à l'équité laisse sous l'empire des lois révolutionnaires toutes les ventes nationales consommées avant la Charte de 1814. A partir de cette date seulement, les tiers sont rentrés dans l'intégrité de leurs droits. Ils font reconnaître leurs titres par les tribunaux et provoquent ensuite l'annulation de l'acte administratif par l'autorité de laquelle il émane. (V. Cormenin, *Droit administratif*, t. II, p. 76.)

Mais toutes les difficultés relatives à la validité des aliénations antérieures à 1814 demeurent soumises à l'autorité administrative, et même pour les biens nationaux aliénés depuis la Charte, il y a tout un ordre de contestations qui

Digitized by Google

sont restées dans les attributions du conseil de préfecture et du Conseil d'État. Ce sont celles qui surgissent entre le domaine et les adjudicataires.

Supposons maintenant qu'un procès s'engage devant les tribunaux ordinaires sur une question de propriété ; si dans le cours des débats l'une des parties se prévaut d'une vente nationale, et si l'autre argue cet acte de nullité, le tribunal devra évidemment renvoyer la connaissance de ce moyen à l'autorité administrative, sans se dessaisir toutefois, car il devra statuer au fond après la décision préalable qu'il est obligé d'attendre. C'est la marche constamment suivie.

Mais tous les auteurs reconnaissent qu'en certains cas le renvoi n'est pas nécessaire. Il en est ainsi, disent-ils, lorsque, indépendamment de la validité ou de la nullité de l'acte, la contestation peut être jugée par la possession ou *par les principes du droit civil.* (Cormenin, t. II, p. 66.)

Appliquons cette règle à une espèce qui s'est présentée naguère. Un individu réclamait un fonds de terre. On lui opposait une vente nationale qui l'en aurait dépouillé. Il soutenait que la vente était nulle. Mais on lui répondait que la nullité était couverte par une possession plus que trentenaire. Cette défense était sans réplique, car elle rendait inutile d'examiner la validité du titre et ne donnait pour base au droit du détenteur que sa longue possession, selon *les principes du droit civil.*

La question serait plus délicate si le droit aliéné par la nation était un de ces droits qui ne peuvent s'établir que par titre, comme les droits d'usage, les servitudes discontinues, et cependant, même en ce cas, nous n'hésiterions point à reconnaître la compétence des tribunaux ordinaires. On dirait vainement : C'est bien de la validité du titre qu'il s'agit, puisque sans le titre, la possession ne produira aucun droit ; il faut donc porter la question devant l'autorité administrative.

La réponse nous semble facile. Nous n'invoquerions pas contre la nullité du titre la prescription de dix ans édictée par l'article 1304 ; nous reconnaissons qu'elle concerne uniquement les parties contractantes. Mais nous nous placerions sous l'égide de la prescription trentenaire qui produit son effet envers et contre tous et nous dirions : Le droit ouvert

Digitized by Google

au véritable maître de faire annuler le titre se prescrit comme tout autre droit par trente ans. Ces trente années révolues produisent contre l'action tardivement intentée *une fin de non-recevoir*. Or, quelle est la nature de ce moyen de défense? C'est d'empêcher l'examen du fond. Le détenteur a le droit de dire à son adversaire : Il pourrait y avoir à s'occuper de la nullité, si l'acte administratif n'était protégé contre une pareille attaque par un moyen tiré du droit civil; mais ce moyen existe à mon profit; c'est la prescription, et je vous l'oppose. Il n'y a plus lieu dès lors de rechercher si l'acte était ou n'était pas valable; nul ou non, la possession a purgé tous ses vices. L'objet du litige n'est plus l'acte lui-même, mais la possession qui d'après *les principes du droit civil* devient inattaquable lorsqu'elle a duré trente ans et qu'elle a été publique, paisible, non équivoque, non interrompue et à titre de maître. Il nous semble donc qu'en de telles circonstances, le renvoi serait inutile et que les tribunaux ordinaires devraient statuer *de plano*. H. LESPINASSE.

DES DÉCRETS DE SUPPRESSION D'OFFICES MINISTÉRIELS

ET SPÉCIALEMENT DES DISPOSITIONS RELATIVES A L'ATTRIBUTION ET A LA RÉPARTITION DE L'INDEMNITÉ.

Par M. E. Laferrière,
Maitre des requêtes au Conseil d'État, commissaire du gouvernement près la section du contentieux.

I

Les suppressions d'offices ministériels par suite de démission ou de décès du titulaire s'opèrent ordinairement sans l'intervention d'aucune juridiction contentieuse, et en vertu d'un accord, plus ou moins prompt à se produire, entre le titulaire ou ses représentants, la corporation à laquelle il appartenait, le tribunal du ressort et la chancellerie.

Voici de quelle manière on procède en ce cas.

La chancellerie, par l'intermédiaire du parquet, invite la chambre de discipline de la corporation intéressée, puis le tribunal en chambre du conseil, à délibérer sur l'opportu-

Digitized by Google

nité de la suppression. Cette opportunité étant reconnue, les mêmes autorités sont appelées à évaluer la valeur de l'office vacant, à fixer l'indemnité due au titulaire et à en répartir le payement entre les autres membres de la corporation, ou plutôt à soumettre à la chancellerie un projet de répartition. Ce projet étant accepté par elle, les titulaires compris dans la répartition sont invités à régulariser, au moyen d'une soumission en bonne forme, l'engagement qu'ils ont pris pour le payement de l'indemnité avec intérêts à dater de la suppression. Lorsque la chancellerie s'est assurée, au moyen de ces soumissions, que la suppression de l'office et la liquidation de l'indemnité ne peuvent plus donner lieu à contestation, elle fait rendre un décret qui supprime l'office, évalue l'indemnité due au titulaire et en répartit le payement entre les divers soumissionnaires. Le décret se borne donc, dans ce cas à enregistrer un accord déjà formé entre tous les intéressés; le rôle de l'administration supérieure consiste uniquement à provoquer cet accord, à le hâter par des exhortations plus ou moins pressantes, et à le ratifier une fois qu'il s'est produit.

Mais il peut arriver, et il arrive en effet quelquefois, que l'accord cherché ne se produit pas, soit que l'ex-titulaire ou ses ayants cause ne puissent s'entendre avec la chambre sur le chiffre de l'indemnité, soit que les titulaires en exercice contestent la répartition proposée et refusent de s'engager au payement de leur quote-part. Comment procéder en ce cas? Quels moyens la chancellerie a-t-elle à sa disposition pour mettre fin à des dissidences qui menacent de paralyser son droit de suppression ou d'en subordonner l'exercice à des conditions contraires à l'équité, onéreuses pour la corporation, ou ruineuses pour le titulaire?

La chancellerie s'est tracé, en pareil cas, une ligne de conduite qu'un savant directeur des affaires civiles, appelé depuis à la Cour de cassation, a exposée en ces termes[1] :

« S'il arrivait que les héritiers manifestassent des exigences inadmissibles, que d'un autre côté les officiers ministériels intéressés à la suppression ne voulussent pas faire des offres suffisantes, et que, par suite, un traité amiable ne pût

[1] M. Greffier, *Des cessions et des suppressions d'offices.*

Digitized by Google

intervenir, dans ce cas, comme la suppression ne peut être laissée soumise au caprice des héritiers ou des officiers ministériels, il est, après une mise en demeure notifiée aux ayants droit, procédé d'office à la suppression et à la fixation du chiffre de l'indemnité, dans les formes et de la manière que nous allons indiquer.

« Le procureur de la République invite la chambre de discipline à donner son avis non-seulement sur l'opportunité de la suppression, mais encore : 1° sur le montant de l'indemnité; 2° sur le mode de répartition de cette indemnité entre les officiers ministériels intéressés.

« Soit que l'avis de la chambre soit accepté par les intéressés, soit que ceux-ci, trouvant la valeur donnée à l'office trop élevée ou la répartition non équitable, ne veuillent pas souscrire la soumission dont nous venons de parler, le procureur de la République invite le tribunal à délibérer sur les mêmes objets. S'il y a désaccord entre l'avis de la chambre et celui du tribunal, le procureur de la République devra, s'il le croit nécessaire, inviter la chambre à délibérer de nouveau et agir également près des officiers ministériels chargés de payer l'indemnité pour les décider à se conformer à celui des deux avis qui lui paraîtra préférable....

« Si les intéressés à la suppression ont refusé de souscrire une soumission, ou s'ils n'en ont souscrit qu'une insuffisante, le décret doit alors trancher toutes les difficultés.

« Avant d'en arriver à ce moyen extrême, M. le garde des sceaux charge presque toujours le procureur général de réunir les chambres de discipline et les intéressés pour qu'ils délibèrent sur les instructions émanées du gouvernement lui-même et, dans tous les cas, pour qu'ils sachent à l'avance quelles seront les dispositions du décret de suppression, et qu'ils s'y soumettent volontairement; les conséquences d'un refus persistant leur sont signalées, et rien ne doit être épargné pour les éclairer et pour vaincre leur résistance. Après une mise en demeure aussi pressante et aussi loyale, le décret est rendu fixant le chiffre de l'indemnité et indiquant quels intéressés devront la payer et dans quelles proportions. »

Telle est la pratique de la chancellerie jusques et y compris la promulgation du décret. Mais, lorsque cette promul-

Digitized by Google

gation a eu lieu, lorsque le chiffre de l'indemnité et la part contributive des titulaires intéressés ont été officiellement arrêtés, comment sera-t-il pourvu à l'exécution? Le décret sera-t-il un titre entre les mains des héritiers? Pourront-ils l'invoquer devant les tribunaux et réclamer judiciairement la part d'indemnité mise à la charge de chacun en vertu de cette liquidation faite d'office par l'administration? Il semble que la chancellerie ait d'abord eu quelques doutes sur la valeur juridique du titre qu'elle conférait aux héritiers; pendant plusieurs années elle n'a pas abordé de front les difficultés d'exécution, elle a mieux aimé les tourner, temporiser. Un officier ministériel refusait-il d'acquitter la part d'indemnité mise à sa charge par le décret, la chancellerie ne provoquait contre lui aucune coercition judiciaire; elle répondait aux plaintes des héritiers par des conseils de patience, et elle-même patientait, attendant, l'œil fixé sur l'office récalcitrant, qu'il devînt vacant à son tour. Il fallait bien alors que l'office payât par les mains du successeur présenté, car celui-ci n'était point accepté qu'il n'eût soumissionné, en principal et intérêts, la part d'indemnité mise à la charge de son prédécesseur. Plus tard, la chancellerie n'a plus jugé cet expédient nécessaire, et elle a soutenu que le décret de répartition constituait pour les héritiers un véritable titre de créance dont l'exécution pouvait être judiciairement poursuivie.

La jurisprudence l'avait d'ailleurs soutenue dans cette voie, mais par des décisions fort rares, et dont l'autorité pouvait ne pas paraître décisive tant qu'elles ne franchissaient pas le premier degré de juridiction. C'est seulement en 1863 que la Cour d'Orléans, saisie à son tour de la question, s'appropria, par un arrêt fortement motivé, la solution des juges de premier degré (10 janvier 1863).

II

A la suite de cette consécration judiciaire, la pratique adoptée par la chancellerie semblait à l'abri de toute contestation sérieuse et les objections qu'elle avait rencontrées devant les tribunaux pouvaient passer pour épuisées. Mais, en 1873, un officier ministériel, un notaire, s'avisa de l'at-

Digitized by Google

taquer par une autre voie. Il prit directement à partie, devant le Conseil d'État, un décret de suppression qui mettait à sa charge une part d'indemnité qu'il n'avait point souscrite; il déféra ce décret pour excès de pouvoirs, prétendant qu'aucune disposition légale n'autorisait le pouvoir exécutif à grever un office existant au profit d'un office supprimé et à diminuer, par une imputation d'indemnité, la propriété d'un titulaire en exercice. D'après le pourvoi, l'autorité judiciaire pouvait seule apprécier, à la requête des héritiers, si tel titulaire en fonctions profitait de la suppression, dans quelle mesure il en profitait, et à quelle somme pouvait être chiffré le supplément de valeur que son étude y gagnait par accession de clientèle. Quant à l'autorité administrative, elle n'avait point qualité pour faire un pareil arbitrage et son décret, assurément valable quant à la suppression de l'office, devait être annulé à l'égard des tiers qu'elle entendait contraindre à payer la charge supprimée.

Le débat était ainsi porté sur un terrain qu'on n'avait guère pu explorer devant l'autorité judiciaire. Celle-ci, en effet, placée en présence d'un décret régulier en la forme et précis dans les termes, pouvait craindre d'excéder sa compétence en critiquant l'usage que l'autorité publique avait fait de ses pouvoirs, en discutant l'essence même de son droit, et en réprimant au besoin, par un refus d'exécution, l'abus qu'elle aurait commis. Devant le Conseil d'État, au contraire, ce débat était à sa place, cette répression était possible et la légalité du décret, la compétence de l'autorité qui l'avait promulgué pouvaient être librement discutées. Elles le furent en effet, et, après un débat approfondi, le Conseil d'État rejeta le recours par arrêt du 20 juin 1873 et affirma, dans les termes suivants, la légalité de l'acte qui lui était déféré :

« Considérant que les notaires sont des fonctionnaires in-
« stitués par le gouvernement;

« Que si la loi du 28 avril 1816 les a autorisés, comme les
« autres titulaires d'offices désignés par la loi, à présenter
« des successeurs à l'agrément du chef de l'État et si, de la
« faculté qui leur a été ainsi reconnue, est dérivé pour eux
« le droit d'établir des conventions pécuniaires avec leurs
« successeurs désignés, l'article 91 de la loi précitée a ex-

Digitized by Google

« pressément réservé au gouvernement le droit de réduire « le nombre de notaires dans les cas prévus par la loi du « 25 ventôse an XI;

« Considérant que les suppressions d'office prononcées « par le gouvernement ont pour résultat de priver le titulaire « de l'office supprimé ou ses ayants droit de la faculté de « présenter un successeur, et d'un autre côté d'amener la « répartition des affaires qui pouvaient lui être confiées « entre les titulaires restés en fonctions;

« Que les pouvoirs réservés au gouvernement par l'article « précité de la loi du 28 avril 1816 impliquent nécessaire- « ment le droit de déterminer les conditions sous lesquelles « la suppression des offices sera prononcée et de régler, « entre les titulaires de l'office supprimé et les titulaires res- « tant en fonction, les conséquences de cette suppression;

« *Considérant que, avant comme depuis la loi de* 1816, *le* « *gouvernement a usé de ces pouvoirs en fixant, par les actes* « *prononçant la suppression d'offices, l'indemnité qui, suivant les* « *cas, pouvait être mise à la charge des autres titulaires, sans* « *qu'aucune réclamation se soit élevée à cet égard ; que cette pra-* « *tique a été reconnue et sanctionnée par l'article* 13 *de la loi* « *du* 25 *juin* 1841 *portant qu'en cas de suppression d'un titre* « *d'office, lorsque, à défaut de traité, l'ordonnance qui prononcera* « *l'extinction fixera une indemnité à payer au titulaire de l'of-* « *fice supprimé ou à ses héritiers, l'expédition de cette ordon-* « *nance devra être enregistrée dans le mois de la délivrance;*

« Considérant que, de ce qui précède il résulte que le « décret attaqué a été pris par le président de la République « en vertu des pouvoirs qui résultent pour lui des lois pré- « citées des 25 ventôse an XI et 28 avril 1816 et *qui lui ont* « *été explicitement reconnus par la loi du* 25 *juin* 1841;

« Que ce décret est un acte de pure administration, non « susceptible de recours par la voie contentieuse. »

Nous ne venons pas critiquer la doctrine de cet arrêt ni les motifs de droit sur lesquels elle repose [1]; mais nous ne croyons pas inutile de développer les propositions qu'il ré-

[1] Il nous siérait d'autant moins d'entreprendre cette critique que l'arrêt du 13 juin 1873 a été rendu conformément aux conclusions que nous avions prises et auxquelles nous empruntons la plupart des développements qui vont suivre.

Digitized by Google

sume et qui pourraient ne pas paraître suffisamment justifiées si les arguments de textes étaient séparés des considérations historiques auxquelles ils empruntent leur véritable valeur. On ne peut se dissimuler, en effet, que les textes invoqués par l'arrêt ne semblent pas très-concluants par eux-mêmes et qu'il y a une certaine disproportion apparente entre leur signification littérale et les conséquences que l'arrêt en déduit. Sans doute, l'article 32 de la loi du 25 ventôse an XI et l'article 91, § 3, de la loi du 28 avril 1816 ne laissent aucun doute sur le droit de suppression qui appartient au gouvernement en cas de décès, démission ou destitution du titulaire; mais ces textes consacrent-ils avec la même évidence le droit que le Conseil d'État reconnaît au gouvernement « *de déterminer les* CONDITIONS *sous lesquelles la suppression sera prononcée, et de régler entre les titulaires de l'office supprimé et les titulaires restés en fonctions les* CONSÉQUENCES *de cette suppression?* » Les *conditions* et les *conséquences* dont il s'agit là sont, ne l'oublions pas, de véritables stipulations pécuniaire que le gouvernement impose à la fois au titulaire de l'office supprimé et aux titulaires maintenus; or, la légalité de cet arbitrage n'échappe à toute critique que si l'on établit : 1° que le titulaire supprimé ou ses héritiers ont droit à une indemnité; 2° que les titulaires maintenus sont débiteurs de cette indemnité; 3° que le droit d'en fixer le chiffre et d'en opérer la répartition entre les divers débiteurs appartient au gouvernement à l'exclusion de toute juridiction contentieuse, et que cet arbitrage souverain constitue réellement « un acte de pure administration non susceptible de recours ». Or, il faut bien convenir que les textes précités, relatifs à la suppression, ne consacrent expressément aucune de ces propositions. On pourrait peut-être trouver le principe du droit à indemnité dans les deux premiers paragraphes de l'article 91 de la loi de 1816 qui autorisent les officiers ministériels et leurs héritiers à présenter un successeur à l'agrément du gouvernement; mais la dette d'indemnité mise à la charge des titulaires en fonctions, le droit d'arbitrage du gouvernement n'y apparaissent en aucune façon. Pour justifier sur ces deux points la pratique de la chancellerie, l'arrêt se borne d'abord à la constater; il rappelle que « le gouvernement, avant comme depuis 1816, a

Digitized by Google

usé de ces pouvoirs en fixant, par les actes prononçant la suppression d'offices, l'indemnité qui pouvait être mise à la charge des autres titulaires ». Il invoque une sorte de contrat tacite, une adhésion constante des intéressés qui ont été témoins de cet état de choses « sans qu'aucune réclamation se soit élevée ». Enfin il déclare que la tradition, la coutume ainsi formées, ont été reconnues et sanctionnées par la loi de finances du 25 juin 1841, qui soumet à un droit d'enregistrement l'attribution d'indemnité faite au titulaire de l'office supprimé en l'absence de toute soumission volontaire, et qui donne ainsi au droit coutumier la consécration de la législation positive.

Telle est la thèse juridique de l'arrêt, très-exacte à nos yeux, mais qui implique, on le voit, toute une thèse historique sur l'origine et le développement de la coutume, les nécessités qui l'ont fait naître, les adhésions qui l'ont entretenue et les dispositions législatives qui l'ont finalement consacrée. C'est cette thèse historique que nous nous proposons de résumer ici.

III

Un mot d'abord sur les suppressions d'offices dans l'ancien régime. Les offices tiennent une trop grande place dans la législation de cette époque pour qu'il nous soit permis de la passer complétement sous silence. L'ancien droit peut d'ailleurs nous fournir, à défaut d'analogies immédiates, des renseignements propres à éclairer des lois et des traditions plus modernes.

Une chose nous frappe tout d'abord dans l'état de choses antérieur à 1789, c'est la différence qui existe presque toujours entre la législation des offices et leur régime réel, entre le droit et le fait, la loi écrite et la coutume.

En droit, l'officier est propriétaire de sa charge, il ne peut en être arbitrairement dépouillé, il a le droit d'en recevoir le prix lorsqu'elle passe en d'autres mains; mais en même temps il est fonctionnaire public, officier du roi, et n'exerce qu'à titre précaire une autorité que la couronne a déléguée, non aliénée. Si l'officier meurt ou se démet, la délégation cesse de plein droit, les pouvoirs font retour au roi qui est libre de les transmettre à un titulaire de son choix; mais,

Digitized by Google

comme le trésor royal a encaissé une *finance* en échange de l'office virtuellement éteint, l'officier démissionnaire ou ses héritiers ont droit au remboursement de cette finance. Qui la remboursera? La couronne si l'office est supprimé; le nouveau titulaire si l'office est transmis. Dans ce dernier cas même, c'est encore le roi qui rembourse par les mains de ce titulaire; celui-ci remet directement aux ayants droit le prix qu'il doit au roi, mais que le roi doit à son tour au titulaire sorti de charge. C'était donc seulement *la finance* qui était dans le commerce et qui était regardée comme vénale aussi bien que toute autre créance sur l'État; on y joignait aussi la clientèle, la charge considérée comme un fonds achalandé et susceptible de revenu, mais le *titre* de l'office, c'est-à-dire le droit d'exercer les fonctions publiques qui y étaient attachées n'était point dans le commerce, et le roi ne le conférait jamais qu'à vie.

Tel était le droit résultant des édits; il avait été fort altéré dans la pratique, et les besoins du trésor royal n'avaient que trop secondé les empiétements des officiers; de la finance, la vénalité s'était étendue au titre; le roi était toujours le seul collateur du titre, mais il était devenu *collateur forcé;* quelquefois même, notamment au début de la Fronde, les officiers contestaient au roi le droit de créer des offices nouveaux de peur qu'il n'y eût baisse sur la valeur des autres; la couronne, de son côté, traitait souvent la création de charges nouvelles comme un simple expédient financier et sacrifiait imprudemment ses prérogatives au désir d'encourager ce trafic. Mais, toutes les fois que le pouvoir royal se sentait assez fort ou assez muni d'argent pour tenir tête aux officiers, il rappelait très-fermement les principes oubliés et prenait des mesures sévères pour les faire respecter. Ainsi, en 1665, Louis XIV imposa aux offices des Cours souveraines un prix qu'il n'était pas permis de dépasser et, en 1669, il exigea que l'on suivît, pour toute mutation, la procédure résultant de la stricte application des édits, c'est-à-dire qu'on se présentât au bureau des parties casuelles pour y toucher le remboursement de la finance, le roi restant libre de disposer du titre ainsi libéré, de le transmettre à un tiers ou de le laisser vacant.

« Dans le cas où nous ne voudrions nommer auxdits of-

Digitized by Google

« fices, porte l'édit de juillet 1669, sera le prix ci-dessus fixé « payé et remboursé par le trésorier de nos revenus casuels « incessamment en deniers comptants et en un seul et ac- « tuel payement, aux parties intéressées. »

La suppression de l'office peut ainsi s'opérer par le seul fait du remboursement.

Un siècle plus tard les mêmes règles sont rappelées par l'édit de février 1771, dont le préambule définit nettement les droits respectifs de la couronne et des officiers : « Ni la « faculté de résigner, ni la sorte d'hérédité résultant du paye- « ment de l'annuel n'ont pu donner atteinte au droit insé- « parable de notre souveraineté de disposer des offices, va- « cation arrivant : cette faculté et cette hérédité ne sont « qu'un privilége qui, sans anéantir la règle générale, peut « simplement déterminer le choix que nous faisons du suc- « cesseur à l'office et non le contraindre, et *ne donne d'autre « droit que d'en revendiquer la finance qui ne doit en aucun cas « être confondue avec le corps même de l'office.* » Et plus loin : « Comme notre intention est de supprimer, lorsque les cir- « constances le permettront, quantités d'offices qui ne doi- « vent leur création qu'aux nécessités de l'État et qui lui « sont onéreux, nous pourrons par ce moyen, sans donner « lieu à aucune plainte de la part des propriétaires ou titu- « laires d'offices, fixer à la fois et les droits auxquels ils se- « ront assujettis envers nous et *les sommes dont nous serons « tenus envers eux, vacation arrivant de leurs dits offices ou « dans le cas où ils viendront à être supprimés.* »

On peut donc tenir pour certain que, d'après notre ancienne législation, la suppression d'un office devenu vacant pouvait toujours être prononcée par le roi sous la seule condition du remboursement de la finance. Le droit de propriété du titulaire se résolvait, à l'égard de la couronne, en un simple droit de créance, et, si la couronne reconnaissait cette créance et prenait l'engagement de l'éteindre, c'est uniquement parce qu'elle avait profité du prix [1].

[1] L'ancien régime nous offre peu de cas de suppressions d'offices, car la couronne était généralement obérée et plus portée à créer des charges nouvelles qu'à rembourser les offices existants. On peut cependant signaler certaines suppressions qui n'étaient ordinairement que le prélude de créations nouvelles : on supprimait des offices vendus bon marché afin de

Digitized by Google

IV

Ces principes n'étaient pas inutiles à rappeler, car après avoir permis à la royauté de contenir et de réglementer la vénalité des offices, ils fournirent à l'Assemblée constituante les moyens de la supprimer. La Constituante, en effet, lorsqu'elle décréta l'abolition de la vénalité, n'eut qu'à exercer, à l'égard des titulaires, les droits que s'était attribués la couronne. Elle décida que l'État rembourserait le prix des charges d'après l'évaluation qui en avait été faite en 1771, et sauf certaines réductions fixées par les décrets du 24 décembre 1790 et du 29 septembre 1791 [1]. Par suite de ce remboursement toute dualité disparaissait dans le caractère de l'officier ministériel. Il n'était plus à la fois fonctionnaire et propriétaire, mais uniquement fonctionnaire. « Il sera établi dans tout le royaume, porte la loi du 29 septembre 1791 sur le notariat, des *fonctionnaires publics* chargés de recevoir tous les actes qui sont actuellement du ressort des notaires royaux ou autres. » Ces fonctionnaires doivent être nommés à vie à la suite d'un concours, et ne peuvent être destitués que pour prévarication avérée ; mais la loi ne leur reconnaît aucun droit de transmission ou de présentation, et elle leur interdit toute transaction pécuniaire sur l'office, sauf la cession des recouvrements arriérés. Dans chaque circonscription, le nombre des offices est déterminé par le gouvernement qui conserve le droit de le réduire. La nomi-

les revendre plus cher; la suppression s'opérait alors, même sans démission ni décès du titulaire, par le seul remboursement de la finance. Voir notamment l'édit du 21 juin 1771 (Isambert, t. XII, p. 518). Cet édit supprime les offices de jurés-priseurs vendeurs de meubles sous prétexte « que ces offices ont été levés pour une finance si modique qu'elle n'est pas suffisante pour répondre des deniers provenant des ventes; » il ordonne « le remboursement des finances payées pour raison desdits offices » et remet les mêmes charges en vente à un prix supérieur.

[1] Il y avait aussi cette notable différence entre les liquidations prévues par l'édit de 1771 et celles qui furent ordonnées en 1790, que les premières devaient s'opérer immédiatement et en deniers comptants, tandis que les autres se firent en rentes qui furent ensuite consolidées au tiers. Mais il convient d'ajouter aussi que la plupart des officiers en exercice conservèrent leur place dans l'organisation nouvelle.

Digitized by Google

nation étant à vie, la réduction ne peut évidemment porter que sur les offices devenus vacants par décès, démission ou destitution, mais dans aucun cas il ne peut être question d'indemnité, puisque la loi ne veut voir dans l'office qu'une fonction publique, répugnant à toute vénalité, à toute évaluation pécuniaire. A peine est-il besoin de rappeler que ces principes furent maintenus par la loi du 25 ventôse an XI sur le notariat, et par tous les actes législatifs applicables aux autres catégories d'offices ministériels.

Comment donc se fait-il que, sous l'empire de cette législation, la vénalité ait été constamment pratiquée, qu'elle ait repris naissance dès le Directoire, se soit tranquillement développée sous le Consulat et soit devenue sous l'Empire si notoire et si florissante que M. Rolland de Villargues, proposant de la rétablir en 1815, pouvait expliquer ainsi sa motion : « Il ne s'agit que de consacrer dans la forme légale *un usage* « *conforme aux mœurs, et qui a été toléré et publiquement avoué* « *par les différents gouvernements qui se sont succédé ?* »

C'est qu'il s'était produit après la révolution le même fait que dans l'ancien régime. A côté de la loi écrite, des usages contraires s'étaient établis, des traditions rompues s'étaient renouées, timidement d'abord, puis avec plus de hardiesse, et le droit positif avait été, une fois de plus, mis en échec par le droit coutumier. Plusieurs causes avaient concouru à ce résultat. D'abord les souvenirs de l'état antérieur fidèlement conservés par des corporations dont le personnel n'avait pas été sensiblement modifié; la Constituante, en effet, tout en décidant que les fonctions seraient, à l'avenir, données au concours, avait provisoirement maintenu les titulaires en exercice, ils y étaient encore en l'an XI, et la loi de ventôse ratifia de nouveau leur possession lorsqu'elle attribua le droit de nomination au gouvernement. Les corporations furent donc vite amenées à reprendre une pratique favorable à leurs intérêts et qui, il faut bien le dire, était assez conforme à la nature des choses, car si la fonction n'est pas dans le commerce, le cabinet, la clientèle, toutes les sources de bénéfice que le titulaire crée par son travail se prêtent fort bien aux transactions pécuniaires. Aussi ces transactions reprirent-elles leurs cours comme si de rien n'était et, comme il fallait qu'elles fussent couronnées par une attribution du titre, on

Digitized by Google

chercha et l'on trouva vite le moyen d'assurer ce titre aux bénéficiaires des traités. Ce moyen était fourni par la loi de ventôse elle-même, qui exigeait de l'aspirant un certificat de capacité délivré par la chambre de discipline; il suffisait donc que la chambre ne délivrât de certificat qu'à l'aspirant qui justifiait d'un traité; c'est ce qu'on fit, et le gouvernement laissa faire, ne voulant point indisposer les officiers ministériels[1]. Il se réserva d'ailleurs de leur demander, en échange de cette tolérance, certaines prestations pécuniaires que ceux-ci fournirent d'assez bonne grâce sous forme de suppléments de cautionnement. Tel était l'état de choses auquel M. Rolland de Villargues faisait allusion en 1815 et qui ne fut légalisé que par la loi du 28 avril 1816 sur laquelle il convient de nous arrêter un instant.

[1] « La vénalité était trop profondément entrée dans les mœurs, les intérêts lésés par les décrets de l'Assemblée constituante étaient trop nombreux et trop vivaces pour que le nouvel état de choses fût accepté. Il était inutile de songer à revenir au système des présentations en faveur. Toute démission conditionnelle eût été repoussée. Les officiers ministériels eurent recours aux moyens indirects.

« Lorsqu'un titulaire voulut cesser l'exercice de ses fonctions, il s'occupa de chercher lui-même son successeur. Un traité soigneusement dissimulé constata les conditions qu'il mettait à l'abandon de son titre, de ses minutes, de ses répertoires, de ses dossiers, de ses recouvrements, etc. Porteur d'une démission pure et simple, l'aspirant sollicitait alors de la chambre de discipline le certificat de bonnes mœurs et de capacité exigé par le gouvernement. Rarement un refus accueillait sa demande. Les chambres de discipline étaient, en effet, éminemment favorables à l'emploi d'un moyen dont chacun de leurs membres devait recueillir les avantages à un moment donné. Elles contrôlaient bien la moralité, elles examinaient sans doute la capacité de l'aspirant; mais elles exigeaient avant tout qu'il eût traité avec l'officier qui cessait ses fonctions, ou en cas de décès, avec sa veuve et ses héritiers. Si, informés de la vacance de l'office, d'autres candidats se présentaient, la chambre avait pour règle invariable de les repousser. Elle n'accordait qu'à un seul le certificat, et c'était toujours à celui qui avait acheté la démission de l'officier ou offert un prix à ses ayants cause. Au besoin, les membres de la chambre fixaient eux-mêmes les bases du traité.

« Reconnu apte à remplir les fonctions qu'il voulait exercer, le candidat se présentait ensuite au gouvernement pour se faire pourvoir de l'office. Un officier s'était démis, il fallait lui donner un successeur. L'impétrant réunissait (le certificat délivré par la chambre de discipline l'attestait du moins) toutes les conditions exigées par la loi. On n'en demandait pas davantage et le décret de nomination était immédiatement rendu. » (E. Durand, *Des offices considérés au point de vue des transactions privées.*)

Digitized by Google

V

Pour se bien rendre compte de l'innovation consacrée par la loi de 1816, il ne faut pas perdre de vue le caractère général de cette loi et la place qu'y occupent les textes relatifs aux officiers ministériels. La loi du 28 avril 1816 est une loi de finances; elle comprend 122 articles dont deux seulement, les articles 88 et 91, concernent les officiers ministériels. Cette loi, destinée à pourvoir à des nécessités financières urgentes, et à combler, dans le budget de 1816, un déficit de plus de 50 millions, institue des cautionnements nouveaux jusqu'à concurrence de cette somme. Elle demande 20 millions aux receveurs et percepteurs de contributions, aux comptables de l'enregistrement et des domaines, aux conservateurs des hypothèques, etc., et 31 millions aux officiers ministériels qu'elle soumet à des suppléments de cautionnement plus ou moins élevés selon la nature et la classe de leur office. Ainsi le supplément varie de 1,000 à 4,400 francs pour les avoués et de 1,150 à 2,500 francs pour les notaires (art. 88 et tarifs annexés). Puis, afin de prévenir ou d'atténuer le mécontentement que ces charges nouvelles pouvaient causer aux intéressés, l'article 91 leur reconnaît en ces termes le droit de présenter des successeurs :

« Les avocats à la Cour de cassation, notaires, avoués, « greffiers, huissiers, agents de change, courtiers, commis- « saires-priseurs pourront présenter à l'agrément de S. M. « des successeurs, pourvu qu'ils réunissent les qualités exi- « gées par les lois. — Cette faculté n'aura pas lieu pour les « titulaires destitués. — Il sera statué par une loi particulière « sur l'exécution de cette disposition et sur les moyens d'en « faire jouir les héritiers ou ayants cause desdits officiers. »

L'article 91 reconnaît ainsi aux officiers ministériels le droit de faire légalement et ouvertement les traités qu'ils faisaient naguère d'une manière occulte, de présenter directement au chef de l'État les successeurs qu'ils lui désignaient d'une façon détournée, grâce à l'artifice du certificat de capacité.

Ces dispositions avaient certainement pour effet de rétablir, dans une certaine mesure, la vénalité des offices, mais

Digitized by Google

elles ne la rétablissaient, ou plutôt elles ne la légalisaient, qu'entre les titulaires d'offices et leurs cessionnaires, non entre ces titulaires et l'État. A l'égard des cessionnaires, la transmission de l'étude à prix d'argent devenait légale, et l'exécution des engagements pris pouvait être poursuivie devant les tribunaux dès qu'ils avaient été ratifiés par un décret de nomination. Mais, à l'égard de l'État, la situation était, en fait et en droit, tout autre que dans l'ancien régime. D'une part, en effet, le gouvernement n'était jamais *collateur forcé;* il était libre d'écarter la présentation faite et même d'écarter toute espèce de présentation, s'il lui convenait de supprimer l'office. L'article 91 ajoutait, en effet : — « Cette faculté de « présenter des successeurs ne déroge point au droit de S. M. « de réduire le nombre desdits fonctionnaires, notamment « celui des notaires, dans les cas prévus par la loi du 25 ven- « tôse an XI, sur le notariat. » D'un autre côté, comme le prix de l'office n'avait été, à aucun moment, versé au trésor public, aucun remboursement n'était dû par l'État pour le cas de suppression; il n'avait plus, comme autrefois, de *finance* à rendre par la raison bien simple qu'il n'en avait pas encaissé; son droit de suppression était maintenu tel qu'il existait en l'an XI, c'est-à-dire pour les trois cas de décès de démission ou de destitution, mais il n'était pas plus question en 1816 qu'en l'an XI de remboursement ni d'indemnité.

Si, d'ailleurs, il était nécessaire de chercher, en dehors du texte de l'article 91, des raisons à l'appui de cette interprétation, elles seraient aisément fournies par une simple considération financière. Si l'État avait, comme on l'a prétendu, rétabli la vénalité vis-à-vis de lui-même telle quelle existait avant 89, s'il s'était reconnu garant de la valeur des offices, même de ceux qu'il se réservait de supprimer, il faut avouer qu'il aurait fait un marché bien étrange! Il aurait éventuellement grevé le trésor d'une dette de plus d'un milliard[1] et il aurait perçu en échange 31 millions seulement. Et encore ces 31 millions n'entraient-ils pas définitivement dans les caisses de l'État, ils n'y étaient versés qu'à titre de cautionnement, c'est-à-dire de dépôt, et de dépôt portant intérêt. L'État

[1] La valeur totale des offices était évaluée à 1,200,000 francs par M. Roger (du Nord) en 1838 (Chambre des députés, séance du 25 mai 1838).

Digitized by Google

aurait donc accepté une dette éventuelle d'un milliard en échange d'un dépôt de 31 millions; et, pour ne citer qu'un exemple, telle étude de notaire qui, à Paris, vaut actuellement un demi-million aurait été garantie par l'État contre tout risque de suppression moyennant le dépôt, fait en 1816, d'une somme de 2,500 francs! Cela n'est pas soutenable, et, quelque sévèrement qu'on juge la conception financière du gouvernement de 1816, il est impossible de la pousser jusqu'à ce degré d'absurdité, alors surtout que les textes y résistent absolument [1].

Il faut poutant le reconnaître; malgré de si fortes raisons de texte et de sens commun, le droit à indemnité trouva des défenseurs devant nos assemblées législatives, et les officiers ministériels ne tardèrent pas à obtenir des déclarations officielles qui assimilaient leurs charges à des propriétés ordinaires. Ces déclarations se produisirent d'abord sous une forme assez plausible, en réponse à des pétitions adressées

[1] On était si loin d'admettre, à l'époque où cette loi prit naissance, une pareille interprétation que le gouvernement contestait même, par ses organes les plus autorisés, que la vénalité fût rétablie entre le titulaire et son cessionnaire. Une circulaire de M. Pasquier, garde des sceaux, du 21 février 1817 (*Instructions du garde des sceaux aux procureurs du roi sur l'exécution de l'article* 91 *de la loi du* 28 *avril* 1816) réduit à sa véritable portée le droit de présentation reconnu en 1816 :

« L'usage des traités s'était introduit depuis longtemps sans avoir été autorisé; on n'y avait aucun égard avant la loi du 28 avril 1816 toutes les fois qu'il y avait lieu de faire des nominations, le roi étant entièrement libre dans ses choix. Quelques officiers ministériels ont pensé que l'article 91 de cette loi avait entièrement changé cet état de choses en leur laissant la libre disposition de leur état. Il est vrai que la loi dont il s'agit donne aux avocats à la Cour de cassation, notaires, avoués, greffiers, huissiers, agents de change, courtiers et commissaires-priseurs la faculté de présenter des successeurs à l'agrément de S. M. Mais il serait déraisonnable de penser que cette faculté ne doit pas être subordonnée à des règles d'ordre public. Il vous appartient, Monsieur le Procureur du roi, de prévenir dans votre ressort les abus qui pourraient résulter d'une fausse interprétation de la loi du 28 août 1816. Vous êtes sans doute bien convaincu qu'elle n'a pas fait revivre la vénalité des offices qui n'est pas en harmonie avec nos institutions. Vous ne devez donc voir dans les dispositions de l'article 91 qu'une condescendance, qu'une probabilité de préférence accordée aux officiers ministériels comme un dédommagement pour les suppléments de cautionnements exigés d'eux, dédommagement qui, étant susceptible d'une évaluation, doit être circonscrit pour les avantages qu'ils peuvent en retirer, dans des limites qu'il ne leur est point permis de dépasser. »

Digitized by Google

aux Chambres pour demander la suppression absolue des offices. Le droit de présentation étant admis, les traités étant reconnus valables, les ordonnances de nomination étant même soumises à un droit d'enregistrement à raison des conventions pécuniaires qu'elles ratifiaient (loi de finances du 21 avril 1832), il était naturel qu'on ne permît pas à l'État d'enlever, sans indemnité, aux officiers ministériels le droit de faire des présentations et des traités. Du moment que les offices étaient conférés à vie, que les cas de suppression étaient limitativement énumérés par la loi, il était naturel que des suppressions faites en dehors de ces cas fussent assimilées à une éviction et donnassent ouverture à un droit à indemnité. Aussi nous n'hésitons pas à reconnaître que les suppressions d'offices, faites isolément ou collectivement, hors du cas de décès, démission ou destitution du fonctionnaire, peuvent donner lieu à indemnité. Mais il en est autrement des suppressions prononcées dans les cas prévus par la loi de l'an XI et formellement réservés par la loi de 1816. Elles constituent pour l'État un droit si absolu que nous ne comprenons pas qu'on ait pu les subordonner au payement d'une indemnité. C'est pourtant ce qui résulte, nous devons en convenir, de déclarations souvent renouvelées dans les Chambres législatives et qui, assimilant complétement les offices à des propriétés ordinaires, assimilaient aussi leur suppression à une expropriation, sans même rappeler, en faveur de l'État, les réserves faites par la loi de l'an XI et de 1816. Les bornes de ce travail ne nous permettent pas de reproduire ici toutes ces déclarations; nous nous bornerons à enregistrer les principales :

Chambre des députés. — Séance du 2 janvier 1835. — Rapport de M. Gillon sur diverses pétitions dirigées contre la vénalité des offices. (*Moniteur*, p. 28.)

Séance du 29 mai 1837. — Discussion du budget et spécialement d'un amendement de M. Reynard tendant à la suppression de la vénalité et au rachat des offices. — Déclaration du ministre des finances. (*Moniteur*, p. 1743.)

Séance du 25 mai 1838. — Discussion de pétitions tendant à l'abolition de la vénalité. Discours de M. Roger (du Nord). — Déclaration de M. Martin (du Nord), ministre des travaux publics. (*Moniteur*, p. 1400.)

Digitized by Google

Chambre des pairs.— Séance du 17 février 1838.— Rapport de pétitions par M. le baron Monnier. — Déclaration de M. Martin (du Nord). (*Moniteur*, p. 331.)

Ces diverses déclarations, qui assimilent à l'envi le droit de présentation à un droit de propriété, se produisent principalement, comme on le voit, dans les premières années du gouvernement de Juillet, et ce n'est pas là une remarque indifférente. On comprend en effet que les officiers ministériels, qui forment en tout temps une classe nombreuse et jouissant d'une légitime influence, mais qui, sous le gouvernement de Juillet, empruntaient une importance politique particulière à la place qu'ils occupaient dans le corps électoral censitaire et dans la garde nationale, on comprend, dis-je, que ces officiers aient eu peu de peine à obtenir, de 1830 à 1848, des déclarations conformes à leurs vœux et rassurantes pour leurs intérêts. Quoi qu'il en soit, leur droit de présentation se transforma réellement à la faveur de ces déclarations en un droit de propriété, et l'évolution se trouva si complète en 1848 que la propriété des offices fut solennellement placée, lors de la discussion de la Constitution, au nombre des propriétés déclarées inviolables par l'article 11 [1].

VI

Nous venons donc d'assister une fois de plus, et dans des circonstances bien caractéristiques, à cet antagonisme de la loi écrite et de la coutume que l'histoire des offices nous a si souvent révélé. Cette fois encore, le différend se termine

[1] L'article 11 étant mis en discussion, *M. Sauteyra* demande si par ces mots « toutes les propriétés » on entendait seulement les propriétés territoriales. Plusieurs membres de la commission répondent: « Toutes! toutes! »

M. Sauteyra : J'entends que l'on dit « toutes ». Permettez-moi d'exprimer ma pensée. Depuis la révolution de février on a mis en doute certaines propriétés. Ainsi, la propriété des offices ministériels a été niée dans certaines localités. Je demande que la commission veuille bien s'expliquer sur ce point et si, par la définition générique de toutes les propriétés, on entend indistinctement les propriétés immobilières et autres propriétés telles que celle des offices.

M. le Président : L'explication demandée par M. Sauteyra est dans le texte même du projet. Quand on dit toutes les propriétés, on n'en exempte aucune.

Digitized by Google

au profit des officiers ministériels, et l'État se trouve, presque à son insu, grevé d'obligations que la loi de 1816 ne lui avait point imposées. Le droit de propriété ainsi reconnu en faveur des officiers ministériels entraînait comme corollaire le droit à indemnité en cas de suppression; la chancellerie le comprit et se préoccupa sérieusement de se défendre, ou plutôt de défendre le trésor public contre le péril dont il était menacé. La pratique, la coutume, la condescendance des Assemblées législatives avaient produit peu à peu ce droit à indemnité; elles pouvaient aussi le tempérer, le rendre inoffensif pour le trésor public. Faire acquitter par d'autres que par l'État la créance d'indemnité que les officiers ministériels venaient de se faire attribuer, telle fut la pensée de la Chancellerie, tel fut le procédé défensif qu'elle s'efforça de pratiquer dès qu'elle se sentit débordée sur le terrain des principes et de la stricte légalité.

Mais à qui faire payer les indemnités de suppression? La Chancellerie songea d'abord aux aspirants qui venaient solliciter auprès d'elle une ordonnance de nomination. Si l'office que l'aspirant demandait à occuper dépendait d'une corporation susceptible d'être réduite, la Chancellerie exigeait qu'il fût porteur de deux démissions, sinon elle refusait l'investiture. L'aspirant était donc obligé d'acquérir deux offices, dont l'un devait rester sans titulaire. L'office à supprimer était ainsi remboursé des deniers du candidat; les ayants droit touchaient l'indemnité, mais le trésor ne la payait pas.

Ce procédé était plus ingénieux qu'équitable. Il grevait l'aspirant d'une charge d'autant plus lourde que celui-ci n'était pas sûr d'avoir tous les bénéfices de la réduction qu'il payait; il recueillait bien les minutes de la charge supprimée et les réunisait à celles de l'office que le gouvernement lui conférait, mais les autres titulaires lui disputaient la clientèle et ils profitaient, dans une proportion assez forte, d'une suppression qui n'était pas leur fait. La Chancellerie se décida alors à leur en faire payer leur part, et à répartir le payement de l'indemnité entre tous les offices conservés, au prorata des avantages qu'ils gagnaient à la suppression. Ainsi s'établit la pratique que nous avons exposée dès le début de cette étude, et la Chancellerie sut très-bien la faire accepter en conviant

Digitized by Google

les officiers ministériels à évaluer eux-mêmes l'office remboursable et à faire la répartition du prix sous le contrôle successif du tribunal et du gouvernement. En établissant ainsi cet usage, cette coutume (car la loi n'obligeait pas plus les titulaires à payer l'office supprimé qu'elle n'autorisait le démissionnaire à en réclamer le prix), la Chancellerie prévenait les conséquences onéreuses que la reconnaissance du droit à indemnité aurait eues pour le trésor, elle neutralisait l'une des pratiques par l'autre, et toute la question était de savoir si elle réussirait aussi bien à faire accepter sa coutume que les officiers ministériels à faire établir la leur.

Elle y réussit en effet, et pour plusieurs raisons. D'une part, les officiers ministériels avaient intérêt à ne pas pousser la Chancellerie à bout, à ne pas provoquer de sa part des résistances énergiques qui auraient pu compromettre leur cause devant les chambres législatives, alors surtout que celles-ci étaient assaillies de pétitions très-hostiles aux officiers. En second lieu, la mesure était équitable, car les officiers maintenus bénéficiaient réellement de la suppression, et il était juste qu'ils payassent l'accession de clientèle qu'ils y gagnaient. Le rôle très-important donné à leur chambre de discipline pour l'établissement de l'indemnité et pour sa répartition était, en outre, une garantie sérieuse contre les évaluations arbitraires. Enfin la mesure proposée par la Chancellerie n'était pas tout à fait nouvelle; elle avait été pratiquée, sans soulever de réclamations, avant la loi de 1816, notamment par les décrets des 19 et 25 mars 1808. Par le premier de ces décrets, le gouvernement avait réduit à cent cinquante le nombre des avoués de Paris et supprimé cent douze offices; par le second, il avait chargé les cent cinquante avoués maintenus d'indemniser « de la perte de leur pratique » les titulaires des offices supprimés. L'indemnité devait être fixée en masse par une commission de trois magistrats statuant en dernier ressort et supportée à portions égales par tous les avoués maintenus. Les décrets de 1808 s'exécutèrent sans résistance. Les précédents, l'équité, l'intérêt bien entendu des corporations, s'accordaient donc pour favoriser les procédés défensifs imaginés par la Chancellerie, et leur emploi ne tarda pas à être généralement accepté.

Cela suffirait-il, en droit, pour assurer à la pratique des

Digitized by Google

répartitions la même sanction légale qu'au principe de l'indemnité? On pourrait peut-être le soutenir, car l'une et l'autre se sont établies parallèlement; elles forment, par leur origine et par leur développement, un tout indivisible, et les officiers ministériels ne pourraient pas, ce semble, répudier la pratique de la répartition pour conserver uniquement celle de l'indemnité; elles se tiennent; l'une est le corollaire de l'autre. Mais il y a plus, la répartition par décret a reçu une sanction légale et formelle, et c'est ici que se place la loi de finances du 5 juin 1841, que le Conseil d'État invoque, avec raison, dans son arrêt, comme un texte décisif. L'article 13 de cette loi est ainsi conçu :

« En cas de suppression d'un titre d'office, lorsqu'*à défaut* « *de traité* l'ordonnance qui prononcera l'extinction fixera « une *indemnité à payer au titulaire de l'office supprimé ou à* « *ses héritiers*, l'expédition de cette ordonnance devra être « enregistrée dans le mois de la délivrance, sous peine de « double droit. Le droit de 2 p. 100 sera perçu sur le mon- « tant de l'indemnité. »

Voilà certes un texte formel et qui vise bien le cas qui nous occupe. Il s'agit, dit l'article 13, de « fixer l'indemnité à payer au titulaire de l'office supprimé ou à ses héritiers ». L'ordonnance qui la fixe est par elle-même un titre, puisqu'on la soumet aux droits d'enregistrement; elle n'est pas la ratification pure et simple de conventions antérieures entre les intéressés, puisqu'elle intervient « à défaut de traité ».

D'ailleurs, le rapport fait à la Chambre des députés par M. Rivet[1] ne laisse aucun doute sur la véritable portée de l'article 13. En voici les termes :

« Il peut arriver que le gouvernement, en prononçant la « suppression d'un office, attribue au titulaire de l'office « supprimé ou à ses ayants droit une indemnité *qui doit être* « *acquittée par les titulaires conservés.* Il était juste que ceux « qui profiteront de l'indemnité acquittassent le droit comme « s'il y avait eu transcription. L'ordonnance royale *qui con-* « *stituera leur droit de répétition*, et devra par conséquent *leur* « *servir de titre*, sera expédiée et enregistrée dans le mois de

[1] Séance du 3 mai 1841 (*Moniteur* du 16 mai).

Digitized by Google

« sa délivrance. La partie la plus intéressée fera ses dili-
« gences et acquittera le droit, sauf son action en rembour-
« sement quand il y aura lieu... »

Tout commentaire serait désormais inutile. Il est bien certain que la loi de 1841 vise spécialement le cas soumis au Conseil d'État, celui où le décret fixe et répartit, « à défaut de traité », une indemnité pour suppression d'office. L'autorité de cette répartition est telle que le décret est « un titre » entre les mains des ayants droit, et qu'il constitue pour eux « un droit de répétition ». Il n'est pas surprenant que la Cour d'Orléans, en 1863, ait reconnu la force exécutoire de ce titre et que le Conseil d'État, en 1873, ait refusé de voir, dans sa délivrance, un acte entaché d'excès de pouvoir.

Quant à cette objection, faite en désespoir de cause, que la loi de 1841 est une loi de finances et qu'un document législatif de cette nature n'offre pas une autorité suffisante pour trancher, contrairement aux principes du droit commun, une question où sont engagés des principes de propriété, il est facile de répondre que toutes les lois jouissent d'une égale autorité. Qu'est-ce d'ailleurs que la loi de 1816, sinon une loi de finances? On admettra difficilement que la loi de finances de 1816, interprétée comme on sait, ait eu toute l'autorité nécessaire pour conférer aux officiers ministériels un droit à indemnité, et que la loi de 1841, littéralement appliquée, n'ait pu valablement pourvoir à la réglementation de ce droit. E. LAFERRIÈRE.

LE CONGRÈS INTERNATIONAL DES BREVETS D'INVENTION tenu à Vienne en 1873 [1].

Par M. Ch. Lyon-Caen, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Les Expositions universelles, en attirant dans une grande capitale des personnes de tous les pays, facilitent les réunions internationales désignées généralement sous le nom de Con-

[1] Nous empruntons en grande partie les renseignements que nous donnons sur ce Congrès à un compte-rendu publié par M. H. Grothe à Berlin en 1873, chez Julius Springer (75 pages), sous le titre de : *Der internationale Patent-Congress.*

Digitized by Google

grès. Il n'est donc pas surprenant que l'Exposition universelle de Vienne ait suggéré l'idée de réunir dans cette ville un Congrès ayant pour but de résoudre quelque grande question économique et industrielle. La direction de l'Exposition universelle prit l'initiative de la convocation d'un Congrès qui devait s'occuper d'examiner les questions relatives à la protection à accorder aux inventeurs. Ce Congrès n'a peut-être pas tenu tout ce qu'on en espérait : des gouvernements, parmi lesquels nous devons, à notre grand regret, compter celui de notre pays, ont refusé ou négligé de lui prêter leur concours; les discussions y ont été trop brèves, les adversaires des brevets d'invention n'y ont pas été représentés en nombre suffisant; ils n'ont pas toujours eu la plus entière liberté pour exprimer leurs opinions. Mais enfin ce Congrès n'en a pas moins réuni des hommes de science, jurisconsultes ou économistes, des ingénieurs, des fabricants, très-versés dans la connaissance des matières du droit industriel; il est parvenu à voter des résolutions qui peuvent être critiquées, mais qui sont en général fort nettes et qui, pour la plupart, nous paraissent être l'expression de l'opinion de la majorité des personnes s'occupant des difficultés relatives à la propriété industrielle. En outre, les questions de brevets ont une importance considérable et un grand intérêt d'actualité. Dans la plupart des grands pays, sauf peut-être en France, ces questions préoccupent le public et le gouvernement. L'année dernière, une grande enquête a été ouverte sur elles en Angleterre. En Allemagne, on s'occupe beaucoup de la loi générale à faire sur les brevets d'invention. La société des ingénieurs allemands a déjà préparé un projet de loi. Il est difficile que la France ne soit pas tôt ou tard entraînée par ce mouvement. Aussi nous croyons qu'il y a quelque utilité à faire connaître l'œuvre du Congrès international des brevets d'invention.

Nous diviserons en trois parties ce compte rendu. Dans la première partie, nous ferons l'historique du Congrès, afin de bien déterminer son caractère. Dans la seconde partie, nous parlerons du Congrès lui-même; nous reproduirons, d'après le texte allemand, ses résolutions. Dans la troisième partie, nous ferons quelques observations sur leur valeur et sur plusieurs incidents qui ont signalé leur discussion.

Digitized by Google

A. *Historique du Congrès des brevets d'invention.* — Au mois de mars 1873, le président de la commission impériale de l'Exposition [1] et le directeur général [2] firent publier une sorte de programme du futur Congrès qu'ils avaient l'intention de réunir à Vienne. Ce programme détermine exactement quel est en Europe et en Amérique l'état des discussions sur la protection à donner aux inventeurs; il fixe aussi assez clairement le but du Congrès. Aujourd'hui l'on ne se borne plus à discuter sur la meilleure manière de protéger les inventeurs sans nuire à l'intérêt général. Une pareille discussion supposerait reconnu que les inventeurs doivent être protégés. La question vivement agitée, notamment en Angleterre, est celle de savoir si le principe de la liberté du travail et l'intérêt de l'industrie n'exigent pas qu'aucune protection spéciale ne soit donnée par la loi aux inventeurs. En présence du mouvement contre les brevets d'invention (*Anti-Patent-Bewegung*), le programme constate avec raison qu'il serait mesquin dans un Congrès de se borner à examiner les principes qui doivent constituer une bonne législation sur les brevets, sans avoir recherché tout d'abord s'il en doit exister une. Le Congrès avait donc avant tout la mission d'apprécier si les inventeurs doivent être spécialement protégés. Puis si, ce qui était probable, il se prononçait pour l'affirmative, il devait alors seulement poser les bases d'une bonne législation sur les brevets d'invention. Cette seconde partie de son œuvre était destinée à avoir une grande importance; car, ainsi que le déclare avec juste raison le programme, aujourd'hui, en général, les partisans même les plus décidés des brevets reconnaissent que, dans l'état actuel des relations entre les peuples, les inventeurs ne seront efficacement protégés qu'autant que la législation sur les brevets de tous les pays civilisés sera la même.

Le programme indiquait que le Congrès tiendrait ses séances à partir du 4 août, après la clôture des délibérations du jury. Il y déclarait admissibles les industriels, les jurisconsultes, les économistes et les hommes spéciaux de tous les pays. Il réservait aux gouvernements le droit de se faire

[1] L'archiduc Rainer.
[2] M. de Schwarz-Sendborn.

Digitized by Google

représenter par des délégués. Enfin un comité devait être constitué pour déterminer d'une façon plus précise les questions à examiner et faire tous les préparatifs nécessaires à la réunion du Congrès.

Ce comité préparatoire fut formé; mais il n'arriva pas par suite du défaut d'union à des résultats sérieux. L'accueil froid de certains gouvernements, le refus formel fait dans quelques pays de prendre part au Congrès, contribuèrent aussi à paralyser le comité. Le ministre du commerce autrichien déclara qu'il n'accorderait aucun crédit pour la tenue du Congrès. On pensait déjà sérieusement à renoncer au projet. Les efforts de l'ingénieur allemand Pieper (de Dresde) firent revenir sur cette résolution. Il dit que le monde civilisé désirait le Congrès, avait travaillé pour lui et avait le droit d'exiger qu'il eût lieu. A l'appui de son affirmation, il présenta des centaines de signatures provenant de toutes les contrées de l'Allemagne, de la Belgique, de l'Angleterre et de l'Amérique. Bientôt on apprit que les gouvernements américain et anglais seraient représentés au Congrès, la Suède fit espérer son concours; on annonça des représentants de la Bavière, de Bade et de Hambourg. Enfin on sut que Klostermann, le célèbre auteur du *Traité de la propriété intellectuelle sur les écrits, les œuvres d'art et les inventions* [1], avait obtenu du ministre du commerce de Prusse l'autorisation de se rendre à Vienne comme rapporteur. Toutes ces nouvelles encouragèrent le comité à préparer un programme définitif, et le 6 août le Congrès put se réunir. Il comptait deux cent quarante-quatre membres inscrits. Les membres présents venaient de l'Autriche, de l'Amérique, de l'Angleterre, des États de l'Allemagne, de la Suisse, de la Hollande, de la Suède. Aucun Français n'y a pris une part active quelconque [2]. Les séances générales du Congrès ont été au nombre de cinq;

[1] L'ouvrage allemand auquel nous faisons ici allusion contient un exposé complet des lois de tous les pays sur la propriété industrielle, artistique et littéraire. C'est une œuvre de premier ordre connue dans toute l'Europe.

[2] M. Wolowski se contenta d'adresser une lettre dans laquelle il se déclarait partisan des brevets; M. Renouard s'excusa de ne pas prendre part aux délibérations. Il en fut de même de l'ingénieur Thirion, connu par quelques travaux spéciaux sur les brevets.

Digitized by Google

elles se sont tenues les 4, 5, 6, 7 et 8 août 1873 sous la présidence de William Siemens, de Londres.

B. *Résolutions du Congrès.* — Les résolutions votées par le Congrès international des brevets d'invention sont les suivantes :

I. La protection des inventeurs doit être garantie dans la législation de tous les peuples civilisés :

a) Parce que le sentiment du droit chez les nations civilisées réclame la protection légale du travail intellectuel;

b) Parce qu'à la condition que la description des inventions soit publiée d'une façon complète, cette protection constitue le seul moyen pratique de porter à la connaissance du public des idées nouvelles sans perte de temps et d'une façon véridique;

c) Parce que la protection résultant des brevets fournit une rémunération du travail des inventeurs, et détermine par là les hommes de talent à employer leur temps et leurs moyens à l'exécution et à l'introduction de méthodes techniques nouvelles, ou procure aux inventeurs des capitaux qui, sans l'existence des brevets, cherchent des placements plus sûrs sans les trouver;

d) Parce que, grâce à la publication complète obligatoire de l'invention formant l'objet du brevet, les grands sacrifices de temps et d'argent que l'exécution technique coûterait autrement à l'industrie de tous les pays, sont notablement diminués;

e) Parce que par elle le secret de fabrique, qui constitue le plus grand ennemi du progrès technique, est perdu;

f) Parce que l'absence d'un système rationnel de brevets cause à certains pays de grands dommages, leurs hommes de talent se rendant dans les États où le travail trouve une protection légale;

g) Parce que suivant une expérience faite, le propriétaire du brevet s'occupe avec plus de soin que qui que ce soit de la prompte exploitation de son invention.

II. Une loi efficace et utile sur les brevets d'invention doit reposer sur les bases suivantes :

a) L'inventeur lui-même et son ayant droit peuvent seuls obtenir un brevet;

Digitized by Google

b) Le droit de demander un brevet ne doit pas être refusé aux étrangers ;

c) Il y a lieu de recommander l'admission d'un système d'examen préalable pour l'application du principe posé sous la lettre *a*;

d) La durée des brevets d'invention doit être de quinze ans ou pouvoir être étendue jusqu'à ce délai ;

e) La délivrance d'un brevet doit être accompagnée d'une publication complète rendant possible une application technique de l'invention ;

f) Les frais de la délivrance des brevets doivent être modérés, pourtant ils doivent suivre une progression ascendante dans l'intérêt de l'inventeur, afin qu'un brevet inutile tombe le plus vite possible;

g) On doit en organisant une direction (*Patentamt*) des brevets d'invention, faciliter à chacun l'obtention de la description de tous les brevets et des renseignements sur les brevets encore en vigueur ;

h) La non-application d'une invention dans le pays ne constitue pas une cause de déchéance du brevet, si, du moins, l'invention a été appliquée une fois et que l'acquisition et l'exploitation de l'invention en question ont été rendues possibles aux nationaux du pays ;

i) On recommande de prendre des dispositions légales en vertu desquelles le propriétaire du brevet, dans des cas où l'intérêt public l'exige, pourrait être contraint moyennant une indemnité, à laisser les acquéreurs sérieux exploiter avec lui l'invention.

Quant au reste et spécialemeut quant à la procédure à suivre dans la délivrance des brevets, le Congrès renvoie aux lois sur les brevets d'invention en vigueur en Angleterre, en Amériqne et en Belgique, ainsi qu'au projet préparé par la société des ingénieurs allemands.

III. A raison des grandes différences entre les législations en vigueur sur les brevets et à raison des changements opérés aujourd'hui dans les conditions des relations internationales, le besoin de réformes se fait sentir. On recommande avec instance aux gouvernements de chercher à établir une entente internationale sur la protection à accorder aux inventeurs.

Digitized by Google

Le Congrès ne s'est pas borné à voter ces résolutions théoriques, il a encore voulu prendre les mesures nécessaires pour favoriser leur application ; il a donné au comité préparatoire le mandat d'employer son influence afin de faire connaître les principes posés et de les faire appliquer. Le comité a été autorisé à provoquer des échanges d'opinions entre les partisans de la protection des inventeurs, même à les réunir de temps en temps en conférence. Pour qu'il puisse atteindre ce but, le comité a été constitué en comité exécutif permanent avec pouvoir de recruter des membres, de déterminer le temps et le lieu de réunion du prochain Congrès, si sa réunion paraît opportune pour mener à bonne fin avec plus de promptitude les résultats obtenus.

Le mandat donné au comité a reçu une sorte de commencement d'exécution dès le 9 août. Le président du Congrès et les membres du comité préparatoire, sous la conduite du baron Schwarz, se sont rendus chez le ministre du commerce Banhans et chez le ministre des affaires étrangères, comte Andrassy; ces deux ministres ont fait à ces délégués le meilleur accueil. Le ministre du commerce a déclaré à la députation qu'il était convaincu de la nécessité de faire une réforme dans la législation actuelle sur les brevets d'invention en Autriche; il a ajouté que des matériaux avaient déjà été réunis dans ce but, et que les résolutions du Congrès viendraient s'y joindre. Le comte Andrassy a dit qu'il était difficile de faire régler actuellement ces questions par des délégués des divers États, mais que cependant il userait de son influence pour atteindre le but du Congrès. Il a fini en déclarant que, si l'on parvenait à réunir une conférence, il ne pourrait s'agir que de poser les règles générales, les détails devant être laissés à la législation particulière de chaque État.

Enfin le 7 août le comité préparatoire avait déjà été reçu par le ministre hongrois Zichy, qui avait manifesté son adhésion au principe de la protection des inventeurs et aux efforts à faire pour le vote d'une loi internationale sur la matière.

Le gouvernement autrichien a, à la suite du Congrès, consulté les chambres de commerce et des arts et manufactures sur la valeur des résolutions de celui-ci ; mais nous ne

Digitized by Google

croyons pas que ce gouvernement ait jusqu'ici fait des efforts pour atteindre le but international du Congrès.

C. *Observations sur les résolutions du Congrès.* — Comme il est facile de le voir à la lecture des résolutions que nous venons de traduire, le Congrès des brevets d'invention a condamné formellement le principe de la liberté absolue en matière d'inventions; il s'est prononcé pour les brevets. Toutefois c'est seulement après d'assez vives discussions que cette solution a été adoptée par soixante-quatorze voix contre six. La faible minorité qui a succombé dans ce vote ne peut assurément pas ête considérée comme représentant, même approximativement, les adversaires des brevets; car, ainsi que le comte Andrassy l'a constaté dans sa réponse aux membres du Congrès, ils deviennent de plus en plus nombreux en Allemagne et en Angleterre.

Le défenseur le plus ardent des idées de la minorité a été M. Neumann, de Vienne. Il a affirmé que les brevets étaient inconciliables avec les progrès actuels de l'industrie et avec la liberté du commerce, qu'ils semblaient être destinés seulement à remplacer les priviléges des anciennes corporations. Il a cité à l'appui de sa doctrine les motifs d'une loi hollandaise du 15 juillet 1869 qui abolit les brevets. Les attaques contre la protection des inventeurs n'ont pas été dirigées par M. Neumann seul; MM. Marchez, professeur de Vienne, Traun, fabricant de Hambourg, Adolphe Ott (Suisse), sont venus encore l'appuyer.

Le Congrès a motivé parfaitement la solution favorable aux brevets qu'il a consacrée [1]. Nous n'y ajouterons que deux remarques sur les faits allégués par les adversaires des brevets : la Hollande a supprimé les brevets d'invention en 1869 ; la Suisse ne les a jamais connus. Mais pour la Hollande, il faut éviter une erreur : les Chambres hollandaises n'ont pas condamné théoriquement le principe de la protection des inventeurs. Elles ont pensé qu'il était presque impossible de faire une bonne législation sur la matière. Mais la Hollande ne refuserait nullement de prendre part à la préparation

[1] Pour compléter et éclaircir les motifs donnés par le Congrès en faveur des brevets, nous recommandons tout spécialement la lecture de l'éloquente préface de l'excellent *Traité des brevets d'invention* (1872) de M. Eugène Pouillet, avocat à la Cour de Paris.

Digitized by Google

d'une loi internationale sur les brevets [1]. Quant à la Suisse, sans doute son industrie est prospère; mais qui peut dire que sa prospérité ne serait pas plus grande si les inventeurs y étaient protégés? La Suisse en est réduite à imiter chez elle les inventions étrangères, et ses citoyens vont souvent porter à l'étranger les inventions pour lesquelles la loi de leur patrie ne leur accorde aucune protection. La Suisse profite de ce qu'elle est entourée de pays dans lesquels les brevets existent.

Après s'être prononcé sur le principe fondamental, le Congrès a cherché à indiquer les bases d'une bonne législation sur les brevets. Malheureusement deux séances entières avaient été consacrées à la discussion du principe lui-même, et les délibérations sur les questions relatives à son application ont été un peu écourtées. Sur ces questions, la minorité a déclaré qu'elle voterait pour toutes les solutions qui lui paraîtraient écarter en tout ou en partie les conséquences nuisibles des brevets, mais que sur tout le reste elle s'abstiendrait.

Le Congrès a recommandé le système de l'examen préalable et adopté la taxe annuelle ascendante. Sur ces deux points la législation française a donc succombé, et nous allons voir qu'on a même prononcé contre elle une condamnation ayant une portée presque absolue.

En général les lois sur les brevets ne contiennent aucune disposition spéciale sur l'expropriation pour cause d'utilité publique des brevetés. Il en résulte que notamment en France une loi est nécessaire pour y parvenir. Afin de parer aux lenteurs que nécessite l'intervention du pouvoir législatif, le Congrès a recommandé d'insérer dans la loi sur les brevets une disposition permettant, après l'utilité publique constatée, d'acquérir du breveté le droit d'exploiter avec lui son invention moyennant une préalable indemnité.

Le Congrès n'avait pas à entrer dans les détails; mais il a pensé que pour eux et spécialement pour la procédure à suivre pour la délivrance des brevets, il était bon de renvoyer aux lois les meilleures sur la matière. Ces lois dont on doit s'inspirer seraient les lois américaine, anglaise et belge. On

[1] Ces explications ont été données par un député hollandais, M. Blumbauer.

Digitized by Google

avait compris parmi elles la loi française; mais vingt-sept voix contre dix-neuf l'ont fait effacer. Quel est le motif de cette répulsion du Congrès pour la loi de 1844? Nous devons écarter ici tout amour-propre national mal placé, et avouer en toute sincérité que notre loi sur les brevets d'invention n'est pas, surtout dans les détails, un modèle à citer[1]. Nous n'en donnerons que quelques preuves. N'est-il pas d'une rigueur excessive que de plein droit, sans avertissement préalable, le breveté soit déchu par le seul fait du non-payement d'une annuité[2]? La publicité résultant de l'insertion au *Bulletin des lois* des brevets délivrés, des arrêts prononçant la déchéance ou la nullité absolue des brevets est-elle sérieuse[3]? Les nullités relatives des brevets ne devraient-elles pas[4], comme entraînant des procès multipliés et des frais énormes, être transformées en nullités absolues, etc.? Reconnaissons franchement qu'en matière de brevets notre législation est très-imparfaite et qu'elle a une notable infériorité sur celle des peuples voisins, notamment sur celle de la Belgique.

Le Congrès ne s'est pas borné à recommander de prendre comme modèles des lois en vigueur, il a encore cité dans ses résolutions un projet de loi préparé pour l'Allemagne par la Société des ingénieurs allemands (*Verein deutscher Ingenieure*). Nous nous proposons d'examiner ce projet dans un prochain article. Nous le comparerons aux résolutions du Congrès et à notre loi du 5 avril 1844 sévèrement mais assez justement condamnée par le Congrès international des brevets d'invention de Vienne. CH. LYON-CAEN.

[1] La loi belge repousse comme la loi française le principe de l'examen préalable admis par le Congrès; mais elle est bien supérieure dans les détails à notre loi de 1844.

[2] Une loi belge du 27 mars 1857, modifiant celle du 24 mai 1854 sur les brevets d'invention, décide que quand la taxe n'a pas été payée, *dans le mois de l'échéance, après avertissement préalable,* le titulaire doit, avant l'expiration de *six mois,* payer, outre l'annuité exigible, une somme de 10 francs, sous peine de déchéance.

[3] Les lois belges de 1854 et de 1857 prescrivent une publicité par voie d'insertion au *Moniteur*.

[4] En Belgique les nullités et déchéances deviennent toutes absolues grâce à l'arrêté royal qui doit les proclamer à la suite des arrêts ou jugements passés en force de chose jugée (art. 26, loi du 24 mai 1854).

Digitized by Google

DE LA PROMULGATION DES LOIS ET DÉCRETS.

COMMENTAIRE DU DÉCRET DU 5-11 NOVEMBRE 1870.

Par M. Fauvel, avocat à la Cour d'appel de Paris.

Le décret du 5-11 novembre 1870, relatif à la promulgation des lois et décrets, est ainsi conçu :

« Le gouvernement de la Défense nationale,

« Considérant qu'il importe de prévenir les difficultés que peut faire naître le mode actuel de promulgation des lois et décrets, et d'établir d'une manière certaine l'époque où les actes législatifs sont obligatoires,

« Décrète :

« Art. 1er. — Dorénavant, la promulgation des lois et des décrets résultera de leur insertion au *Journal officiel de la République française*, lequel, à cet égard, remplacera le *Bulletin des lois*.

« Le *Bulletin des lois* continuera à être publié, et l'insertion qui y sera faite des actes non insérés au *Journal officiel* en opérera promulgation.

« Art. 2. — Les lois et les décrets seront obligatoires, à Paris, un jour franc après la promulgation, et partout ailleurs dans l'étendue de chaque arrondissement, un jour franc après que le *Journal officiel* qui les contient sera parvenu au chef-lieu de cet arrondissement.

« Le gouvernement, par une disposition spéciale, pourra ordonner l'exécution immédiate d'un décret.

« Art. 3. — Les préfets et sous-préfets prendront les mesures nécessaires pour que les actes législatifs soient imprimés et affichés partout où besoin sera.

« Art. 4. — Les tribunaux et les autorités administratives et militaires pourront, selon les circonstances, accueillir l'exception d'ignorance alléguée par les contrevenants, si la contravention a eu lieu dans le délai de trois jours francs, à partir de la promulgation. »

ARTICLE 1er.

DES INSTRUMENTS DE LA PROMULGATION.

1. Le second alinéa de l'article 1er de ce décret ne conte-

Digitized by Google

nait d'abord que cette seule disposition : « Le *Bulletin des lois* continuera à être publié. » — C'est par une rectification, insérée au *Journal officiel* du 7 novembre 1870, qu'a été ajoutée la deuxième disposition : « et l'insertion qui y sera faite des actes non insérés au *Journal officiel* en opérera promulgation. »

2. Il y a donc maintenant, depuis, et en vertu du décret du 5-11 novembre 1870, deux instruments de promulgation :

1° Le *Journal officiel de la République française* qui n'était point, jusqu'alors, un instrument, et qui non-seulement le devient, mais devient même l'instrument ordinaire et régulier ;

2° Et le *Bulletin des lois*, qui déchoit de sa qualité d'instrument unique de la promulgation, que lui avait conférée l'ordonnance du 27 novembre 1816, mais qui demeure un instrument extraordinaire, et supplée aux oublis ou omissions du *Journal officiel*.

3. Assurément, la rectification introduite le 7 novembre dans le texte primitif du décret de 1870 a été une chose mauvaise; car un double moyen de promulgation ne peut qu'engendrer la confusion. — Que le *Bulletin des lois* continuât d'être publié pour servir simplement de recueil, plus commode à compulser que ne le peut être le *Journal officiel*, rien n'était plus naturel; mais qu'il continue de servir d'instrument de promulgation, surtout avec cette aggravation qu'il supplée aux omissions du *Journal officiel*, c'est évidemment conserver et aggraver « les difficultés que pouvait faire naître le mode précédent de promulgation des lois et décrets », difficultés que, pourtant, selon le *considérant* de notre décret, « *il importait de prévenir* ».

4. L'article 1er porte que « la promulgation des lois et décrets résultera de leur *insertion* » soit au *Journal officiel*, soit au *Bulletin des lois*. — Or, est-ce bien, et uniquement, de l'*insertion* proprement dite, ou n'est-ce point tout à la fois et de l'*insertion* et de la *réception*, par le ministre de la justice, du *Journal officiel* ou du *Bulletin des lois*, que résulte réellement la promulgation ?

Sous les ordonnances de 1816 et de 1817, la promulgation ne résultait pas uniquement de l'*insertion* des lois et ordonnances au *Bulletin officiel ;* car, malgré le libellé du texte de

Digitized by Google

l'article 1er de l'ordonnance de 1816[1], c'était, en vertu de l'article 2 de la même ordonnance[2], le jour où le ministre de la justice avait reçu le *Bulletin des lois*, qui servait de point de départ au délai dans lequel la loi ou l'ordonnance devenait obligatoire. En sorte qu'en rétrogradant du jour où la loi ou l'ordonnance était devenue obligatoire, on trouvait deux actes successifs et connexes de promulgation.

Mais le décret du 5 novembre 1870, après avoir dit, dans son article 1er, que la promulgation résultera de l'insertion au *Journal officiel* ou au *Bulletin des lois*, se tait absolument sur la réception par le ministre de la justice. — Et de là naît la question de savoir si le décret du 5 novembre 1870 a entendu supprimer l'effet légal de la réception par le ministre de la justice, et faire partir le délai dans lequel la loi ou le décret devient obligatoire, uniquement du moment de l'insertion au *Journal officiel* ou au *Bulletin des lois*. — En d'autres termes, on doit se demander s'il faut ou non incorporer au décret du 5 novembre l'article 2 de l'ordonnance du 27 novembre 1816.

5. Je crois qu'il faut incorporer l'article 2 de l'ordonnance de 1816 au décret du 5 novembre 1870, et par conséquent, qu'il faut décomposer le mot « promulgation » de l'article 2 du décret du 5 novembre 1870 en deux idées : idée d'*insertion* au *Journal officiel* ou au *Bulletin des lois*, et idée de *réception* aussi bien par le ministre de la justice que par les autorités de chaque arrondissement, soit du *Journal officiel*, soit du *Bulletin des lois*. — Les raisons de ma conviction sont les suivantes :

1° On ne s'expliquerait pas que le *Journal officiel* ou le *Bulletin des lois* ne dût pas continuer de « parvenir » à Paris, alors que l'on ramène l'ancienne nécessité, supprimée par le Code civil et par l'ordonnance de 1816, qu'il « parvienne » dans chaque chef-lieu d'arrondissement.

2° Si la distinction entre l'insertion et la réception par le ministre de la justice n'a pas été faite expressément par le

[1] A l'avenir, la promulgation des lois et de nos ordonnances résultera de leur insertion au *Bulletin officiel*.

[2] Elle sera réputée connue, conformément à l'article 1er du Code civil, un jour après que le *Bulletin des lois* aura été reçu de l'imprimerie royale par notre chancelier, ministre de la justice, lequel constatera sur un registre l'époque de la réception.

Digitized by Google

décret de 1870, c'est, d'une part, que l'on avait d'abord supprimé le *Bulletin des lois* comme instrument de promulgation; et, d'autre part, que le *Journal officiel* paraît tous les jours et est remis tous les jours au ministère de la justice; et c'est, enfin, qu'il ne s'écoule aucun intervalle de temps, au moins appréciable, entre le moment où l'insertion de la loi ou du décret est faite dans le *Journal officiel* et le moment où ce journal est reçu par le ministre de la justice; en sorte que la date que porte le *Journal officiel* suffit à constater la réception par le ministre de la justice aussi bien que l'insertion.

6. Quand la promulgation, au lieu de se produire par insertion au *Journal officiel*, a lieu par insertion au *Bulletin des lois*, la loi ou le décret est, conformément à la lettre même de l'ordonnance de 1816, obligatoire à Paris, un jour franc après le jour de la réception du *Bulletin des lois* par le ministre de la justice, tel que ce jour est constaté sur un registre à ce destiné; — ou, ce qui revient au même, tel que ce jour est indiqué dans le numéro même du *Bulletin des lois*, puisque, surérogativement, chaque numéro du *Bulletin des lois* indique le jour où la loi parviendra au ministère de la justice.

ARTICLE 2.

DU DÉLAI PENDANT LEQUEL LA PROMULGATION EST PRÉSUMÉE IGNORÉE.

7. La loi ou le décret est obligatoire, à Paris, « un jour franc après la promulgation » (c'est-à-dire, encore une fois, après le *second acte* de la promulgation), porte l'article 2 du décret de 1870. — *Un jour franc*, c'est-à-dire un jour entier étant intercalé entre le jour où le second acte de la promulgation s'est produit (que ce jour du second acte soit ou non identique au jour du premier acte de la promulgation) et le jour où la loi ou le décret est obligatoire. — Les raisons pour lesquelles on a ainsi introduit un jour franc ou entier sont les suivantes :

1° On ne date pas la promulgation par heure;

2° On n'a pas voulu que la loi ou le décret fût obligatoire avant l'heure même où la promulgation s'était opérée;

3° L'heure de la promulgation n'étant point connue, il était impossible de supputer d'heure à heure un laps de vingt-

Digitized by Google

quatre heures, et par conséquent il fallait laisser s'écouler en entier le jour ordinaire, dès lors que l'on admettait qu'il dût y en avoir un entre le moment de la promulgation et le moment où la loi ou le décret devait être obligatoire.

8. Seulement, il faut convenir que l'on ne voit guère la raison pour laquelle il soit nécessaire que plusieurs heures, et par suite, un jour, s'écoule entre le moment de la promulgation et le moment où la loi doit être obligatoire; il suffirait, pour parer à ce que la loi se trouvât obligatoire *avant* l'heure de la promulgation, qu'elle fût obligatoire le jour qui suit immédiatement celui où la promulgation s'est faite et dont elle porte la date.

9. Le mot *jour franc* a été introduit dans le décret du 5 novembre 1870, pour trancher la question de savoir si la loi deviendrait obligatoire le lendemain ou le surlendemain de la date de la promulgation; difficulté qui s'était produite, et qu'avait déjà tranchée un avis du Conseil d'État du 24 février 1817, « sur la promulgation des lois et la date où elles doivent être exécutées », en décidant qu'il fallait un jour franc, c'est-à-dire un jour entier entre la promulgation et l'exécution de la loi [1]. Le décret du 5 novembre 1870 consacre donc expressément, de peur que l'omission ne paraisse une dérogation, la règle posée par l'avis du Conseil d'État.

10. Nous connaissons le jour où la loi ou le décret est obligatoire à Paris; recherchons maintenant le jour où ils le deviennent dans chacun des arrondissements. Ici le décret de 1870 a introduit diverses innovations.

11. 1° L'arrondissement a été substitué au département comme unité divisionnaire du territoire français relativement au cheminement de la promulgation. Cette innovation du décret de 1870 me paraît très-louable, parce qu'une fois accepté le principe (que, pour mon compte, je repousse,

[1] Doit-on accorder un *jour franc* entre la promulgation et l'exécution de la loi, et, par exemple, la loi du 28 avril 1816, contenue au *Bulletin* qui a paru le 4 mai, a-t-elle dû être exécutée le 5, ou seulement le 6 du même mois dans le département de la Seine, qui est celui de la résidence royale?

Réponse. — Les lois ne sont exécutoires qu'un jour entier après celui de la publication du *Bulletin* qui les renferme : par conséquent, le 3, si le *Bulletin* porte la date du 1er; le 6, s'il porte celle du 4; ainsi la loi du 28 avril 1816 n'était réellement exécutoire à Paris que le 6 mai et non le 5, comme l'ont indiqué les ordonnances des 29 mai et 11 juin 1816.

Digitized by Google

mais qui est celui de la loi) qu'il faille échelonner les termes dans lesquels, pour chaque point du territoire, les lois deviendront obligatoires, il n'était pas raisonnable de feindre que la diffusion de la promulgation se produisît instantanément dans toute l'étendue d'un département.

12. 2° Il y a une seconde innovation, introduite par le décret de 1870 : c'est qu'un nouveau délai d'un jour franc recommence pour chaque arrondissement (ce qui n'avait pas lieu pour le département), à partir du jour où le *Journal officiel* parvient au chef-lieu de l'arrondissement.

13. Toutefois, le surplus de l'ancienne règle est maintenu : la totalité de l'arrondissement est, comme l'était la totalité du département, réputée atteinte par le *Journal officiel* aussitôt, ou plutôt en même temps, que l'est le chef-lieu. De là résulte que le délai d'un jour franc est, par influence réciproque, un bénéfice aussi bien pour le chef-lieu que pour tout ce qui reste du territoire de chaque arrondissement.

14. Notons l'expression du décret de 1870, laquelle ne se trouve pas dans les ordonnances de 1816 et 1817, ni dans l'article 1er du Code civil : « Les lois et les décrets seront obligatoires... *dans l'étendue* de chaque arrondissement. » Il semble que les rédacteurs du décret de 1870 aient voulu prévenir, mieux que leurs devanciers ne l'avaient fait, toute distinction entre le chef-lieu et le reste du territoire de l'arrondissement. Toutefois cette expression « dans l'étendue » se retrouve dans l'article 12 du décret du 12 vendémiaire an IV (4 octobre 1795), qui détermine un mode « pour l'envoi et la publication des lois ». Et il faut remarquer que le décret de 1870 reprend la règle que le décret de vendémiaire an IV avait conservée et d'après laquelle l'instrument de promulgation devait être parvenu ou distribué au chef-lieu de la circonscription territoriale.

15. Un jour franc doit donc s'écouler de nouveau, pour chaque arrondissement, après que le *Journal officiel* est parvenu au chef-lieu de cet arrondissement. Mais ici naît une question : Comment sera déterminé le jour où le *Journal officiel* sera parvenu au chef-lieu de chaque arrondissement?

Le décret de 1870 ne s'explique pas sur ce point. Cette détermination doit-elle s'effectuer en vertu de la présomp-

Digitized by Google

tion indiquée par l'article 3 de l'ordonnance de 1816, et empruntée au § 3 de l'article 1er du Code civil, ou bien sera-ce par le mode de constatation édicté par l'article 4 de la même ordonnance de 1816? Ou bien enfin, sera-ce par un mode différent des deux autres?

16. Pour dire que le jour où le *Journal officiel* parvient au chef-lieu de chaque arrondissement doit se déterminer par les présomptions indiquées par l'article 3 de l'ordonnance de 1816, on peut donner les deux arguments suivants :

1° La substitution du *Journal officiel* au *Bulletin des lois* n'a eu d'autre but que de remplacer une publication à mode irrégulier par une publication à mode régulier.

2° Le paragraphe final de l'article 2 du décret de 1870, étant calqué sur l'article 4 de l'ordonnance de 1816, indique bien que c'est la supputation marquée par l'article 3 de la même ordonnance qui est reprise par le décret de 1870; car à quoi bon hâter la force obligatoire d'un décret si déjà, régulièrement, elle est presque instantanée?

17. Je crois cependant qu'il faut adopter l'opinion contraire, et dire que le jour où le *Journal officiel* parvient au chef-lieu de l'arrondissement doit se déterminer, ou bien par le mode de constatation édicté par l'article 4 de l'ordonnance de 1816, c'est-à-dire par la constatation faite sur un registre par le sous-préfet du jour de la réception, ou bien par un mode équivalent, mais impliquant la même célérité. Et je base mon opinion sur les raisons suivantes :

1° Le *Journal officiel* n'a pas, au point de vue de la promulgation, plus de régularité que le *Bulletin des lois*, car il ne se produit pas une promulgation tous les jours, et par conséquent ce sont seulement certains numéros du *Journal officiel* qui contiennent des promulgations. La raison de régularité dont argue la première opinion n'est donc pas réelle.

2° La raison de régularité n'exclut pas la raison de célérité. Or, il semble bien que le décret de 1870 ait eu pour but de faire de la célérité de la promulgation une règle désormais constante; car l'article 3 de notre décret de 1870 paraît calqué sur l'article 1er de l'ordonnance du 18 janvier 1817, lequel complétait l'article 4 de l'ordonnance du 27 novembre 1816; et si l'on admet qu'en effet le décret de 1870 s'est ainsi

Digitized by Google

approprié l'idée de l'article 1re de l'ordonnance de 1817 et de l'article 4 de l'ordonnance de 1816, il faut bien admettre aussi qu'il a fait, et voulu faire, une règle de ce qui n'était qu'une exception.

3° Le paragraphe final de l'article 2 du décret de 1870 autorise (ainsi que je le montrerai plus tard) le gouvernement ou le pouvoir législatif, à supprimer tous les délais quelconques entre le jour de la promulgation et le jour où la loi ou le décret est obligatoire; d'où il résulte qu'en admettant que l'article 2 du décret de 1870 reproduise à titre de règle le principe posé à titre d'exception par l'article 4 de l'ordonnance de 1816 et l'article 1er de l'ordonnance de 1817, il y a place pour une réduction de délai. Et ainsi se trouve réfuté le second argument de la première opinion.

4° Le décret de 1870 substitue l'arrondissement au département comme unité divisionnaire du territoire français; or, il n'a été joint au décret de 1870 aucun décret réglementaire pour déterminer les distances légales soit entre Paris et chaque chef-lieu d'arrondissement, soit entre chaque chef-lieu de département et les chefs-lieux d'arrondissement du même département.

5° Il est bien certain et bien avéré que le *Journal officiel* parvient, en partant de Paris, au chef-lieu de chaque arrondissement, et cela régulièrement, dans un délai infiniment moindre que le délai marqué par les présomptions de l'article 3 de l'ordonnance de 1816 et de l'article 1er du Code civil.

6° Le *considérant* du décret de 1870 déclare que le but du décret est « de prévenir les difficultés que peut faire « naître le mode actuel (c'est-à-dire celui de l'ordonnance « de 1816) de promulgation des lois et décrets, et d'établir « d'une manière certaine l'époque où les actes législatifs sont « obligatoires »; or, il est bien évident que si l'on conserve absolument le même mode de supputation des délais, on ne réalisera aucun progrès et l'on n'établira pas cette époque d'une manière plus certaine qu'auparavant.

7° Enfin, l'article 3 du décret de 1870 donne un argument nouveau pour notre interprétation de l'article 2; car l'article 3 du décret de 1870 ne distingue pas, comme le faisait l'article 1er de l'ordonnance de 1817, entre les cas où il y a et les cas où il n'y a pas accélération de la force obligatoire;

Digitized by Google

mais, au contraire, il prononce une édiction générale. Donc le législateur fait, par l'article 3 du décret de 1870, l'aveu implicite que la promulgation a aujourd'hui une propagation extrêmement rapide et tranchant nettement avec le système antérieur.

Voilà donc sept arguments qui me paraissent décisifs pour établir que l'article 2 du décret de 1870 veut que le jour où le *Journal officiel* parvient au chef-lieu de chaque arrondissement soit constaté sur un registre par le sous-préfet (par le préfet dans l'arrondissement contenant le chef-lieu du département); ou bien que ce jour soit constaté par un mode équivalent et aussi expéditif.

18. Mais quel devrait être cet autre mode équivalent et aussi expéditif que la constatation sur un registre? Ce serait, évidemment, que les règlements postaux fussent considérés comme des annexes du décret de 1870 en ce qui concerne le transport du *Journal officiel*, et, par conséquent, que ce fût par ces règlements que l'on déterminât l'arrivée du *Journal officiel* au chef-lieu de chaque arrondissement. Il est bien évident, en effet, et bien avéré, que dans chaque chef-lieu d'arrondissement on connaît, authentiquement, par les règlements postaux, le jour précis où le *Journal officiel* arrive, c'est-à-dire à quelle distance de sa date il peut être lu : et, par conséquent, la *présomption* est, ici, parfaitement logique et légitime, puisqu'elle est l'expression d'un fait constant et régulier.

19. Cette manière de compléter le décret de 1870 aurait, pour ainsi dire, sa racine dans le passé. Car, jusqu'au moment où la présomption organisée par l'article 1er du Code civil a rendu inutile le témoignage de la poste, c'était ce témoignage qui certifiait la remise du *Bulletin des lois* aux autorités destinataires. Deux documents le prouvent :

1° Le décret du 14-16 frimaire an II (4-6 décembre 1793) « sur le mode de gouvernement provisoire révolutionnaire », dont la section 1re, article 7, porte :

« Le *Bulletin des lois* sera envoyé par la poste aux lettres. Le « jour du départ et le jour de la réception seront constatés « de la même manière que les paquets chargés. »

Or ce décret du 14-16 frimaire an II est celui même qui a institué le *Bulletin des lois*.

Digitized by Google

2° L'autre document est l'arrêté du 16 ventôse an V (6 mars 1797), qui détermine « la manière dont le *Bulletin des lois* doit être remis aux fonctionnaires publics », et qui dispose en ces termes :

« Art. 1er. — Le *Bulletin des lois* sera porté et distribué de « la même manière et dans la même forme que les lettres « venant de la poste.

« Art. 2. — Dans toutes les communes de la République « où, avec un bureau de poste, il se trouve des autorités ou « des fonctionnaires publics auxquels le *Bulletin des lois* est « adressé officiellement, il sera remis au facteur ou au dis- « tributeur des lettres, par le directeur de la poste, un livre- « journal destiné à recevoir les décharges du *Bulletin des* « *lois*.

« Art. 3. — Ce livre-journal sera porté, avec le *Bulletin*, « chez le fonctionnaire public auquel le *Bulletin* est adressé ; « et celui-ci, en recevant le *Bulletin*, sera tenu d'écrire sa « décharge sur ce livre. »

Il n'y aurait donc rien d'anormal à restituer à la poste le rôle qu'elle a eu légalement dans le passé. Et l'on pourrait parfaitement maintenir la suppression, quant au *Journal officiel* du moins, du reçu du fonctionnaire. Car, dès lors que, réglementairement, un fait est régulier et, qui plus est, absolument quotidien, la présomption qu'il s'est réellement produit doit dominer l'accident qui, par hasard, l'aurait empêché d'être.

19 *bis*. Toutefois, il serait logique, ce me semble, de concéder aux autorités, auxquelles le *Journal officiel* est adressé, le droit de faire constater officiellement par le directeur de la poste le fait que le *Journal officiel* n'est pas parvenu au chef-lieu de l'arrondissement. Et si cette constatation avait été faite régulièrement, la présomption légale de l'article 2 serait alors ajournée. (V. *infrà*, n° 75.)

20. Sous le régime de l'ordonnance de 1816, il fallait que le *Bulletin des lois* eût été reçu par le ministre de la justice avant que pût commencer à courir le délai imparti aux départements pour connaître la promulgation. Mais, sous le régime du décret du 5 novembre 1870, le fait que le *Journal officiel* doit parvenir réellement au chef-lieu d'un arrondissement pour que la loi ou le décret puisse être obligatoire dans

Digitized by Google

cet arrondissement, modifie ce principe; et il est indifférent que le *Journal officiel* ait été reçu par le ministre de la justice préalablement ou non. Assurément, cette réception par le ministre aura, en fait, toujours lieu plus tôt que n'aura lieu la réception au chef-lieu d'un arrondissement; mais l'idée qu'il faut retenir, c'est que la mise en vigueur de la loi ou du décret dans un arrondissement n'est plus subordonnée, comme sous le régime de l'ordonnance de 1816, au fait préalable de la réception par le ministre de la justice; en sorte qu'il serait possible, en vertu du décret de 1870, qu'une loi ou un décret fût déjà obligatoire dans quelque arrondissement alors qu'il ne le serait pas encore à Paris. Le chef-lieu de l'arrondissement est devenu indépendant du ministre de la justice, au lieu de lui être subordonné, au point de vue de la promulgation.

21. Il faut remarquer que tant que le gouvernement siége à Versailles, Versailles a le privilége de Paris, et que Paris, au contraire, est assimilé à un arrondissement quelconque. En pratique, cette distinction n'a, non plus, guère de valeur, puisque Paris reçoit le *Journal officiel* le jour même où le ministre de la justice le reçoit à Versailles; mais il est toujours nécessaire de mettre en relief la vérité des principes. Le décret de 1870 nomme Paris à titre de capitale réelle, parce que, alors, on ne prévoyait pas que les événements dussent déterminer le gouvernement et l'Assemblée à s'en éloigner.

22. De ce que le *Journal officiel* doit être parvenu au chef-lieu d'un arrondissement avant que la loi (ou le décret) soit obligatoire dans cet arrondissement, il ne faut pas conclure qu'on ait abrogé le principe posé par l'article 1er, § 1er, du Code civil, et d'après lequel « les lois sont exécutoires dans tout le territoire français en vertu de la promulgation qui en est faite par le chef de l'État », c'est-à-dire en vertu de cette SEULE promulgation du chef de l'État, et sans qu'il soit besoin qu'aucune autre se produise [1].

[1] C'est là, en effet, le sens du paragraphe initial de l'article 1er du Code civil, ainsi que le prouve son rapprochement avec les articles 11 et 12 du décret du 12 vendémiaire an IV (4 octobre 1795) qui « détermine un mode pour l'envoi et la publication des lois ». — Voici, en effet, ce qu'édictaient ces articles 11 et 12 du décret du 12 vendémiaire an IV :

« Art. 11. En conséquence de la présente loi, il ne sera plus fait de pu-

Digitized by Google

L'autorité locale, en effet, ainsi que nous le verrons sous l'article 3 du décret de 1870, ne peut plus, en négligeant les mesures spéciales pour rendre publique l'arrivée du *Journal officiel*, retarder le moment où la loi ou le décret devient obligatoire; et, de plus, dans le système qui convertirait les règlements postaux en annexe du décret de 1870, elle ne pourrait plus retarder ce jour en s'abstenant de la constatation sur un registre.

23. Quand la promulgation a lieu par le *Bulletin des lois*, ce ne peut plus, évidemment, être le jour où le *Journal officiel* parvient au chef-lieu de l'arrondissement qui serve de point de départ pour fixer le jour où la loi ou le décret est obligatoire, mais bien le jour où le *Bulletin des lois* y parvient. Et si l'article 2 du décret de 1870 ne mentionne point, ainsi que le fait l'article 1er du même décret, le *Bulletin des lois* à

« blication de loi par lecture publique, par réimpression ni affiche, ni à son « de trompe ou de tambour, en aucun département, aux frais de la Répu- « blique, si ce n'est lorsque ces formalités seront expressément ordonnées « par un article de la loi.

« Pourront néanmoins le Directoire exécutif et chaque administration « départementale ou municipale, ou le bureau central dans les municipa- « lités au-dessus de cent mille habitants, par délibération spéciale, or- « donner soit pour les lois anciennes ou récentes, soit même pour des « règlements, telles de ces formalités particulières qu'elles jugeront con- « venables.

« Art. 12. Néanmoins les lois et actes du Corps législatif obligeront, « dans l'étendue de chaque département, du jour auquel le *Bulletin officiel* « où ils seront contenus sera distribué au chef-lieu du département.

« Ce jour sera constaté par un registre où les administrations de chaque « département certifieront l'arrivée de chaque numéro. »

C'est-à-dire que les articles 11 et 12 du décret du 12 vendémiaire an IV déclaraient, ainsi qu'on le voit, implicitement et par résultance, que la promulgation faite par le Directoire exécutif, laquelle n'était pas supprimée et ne pouvait pas l'être, puisqu'elle était exigée par la Constitution (Const. du 5 fructidor an III, art. 128, 129), serait désormais suffisante, à elle seule, pour établir la preuve de l'existence de la loi.

Or, il est bien évident que dire, comme le fait le paragraphe initial de l'article 1er du Code civil, que « les lois sont exécutoires dans tout le territoire français en vertu de la promulgation qui en est faite par le chef de l'État », c'est bien ratifier en la reproduisant sous une formule nouvelle la règle introduite par les articles 11 et 12 du décret du 12 vendémiaire an IV; c'est bien dire que « les lois sont exécutoires dans tout le territoire français en vertu de la SEULE promulgation faite par le chef de l'État, et sans qu'il soit nécessaire qu'aucune autre promulgation s'y adjoigne ».

Digitized by Google

côté du *Journal officiel*, c'est, d'une part, que dans la rédaction primitive du décret, ainsi que nous l'avons vu en expliquant l'article 1er, le *Bulletin des lois* n'était pas conservé comme instrument de promulgation; et, d'autre part, que la correction n'a pas paru utile à faire au texte de l'article 2, la simple logique exigeant nécessairement et évidemment cette addition.

24. Or, je crois qu'à l'égard du *Bulletin des lois*, comme à l'égard du *Journal officiel*, il faut, pour déterminer le jour où il parvient au chef-lieu de l'arrondissement, appliquer la règle de l'article 4 de l'ordonnance de 1816. Je crois que les arguments que j'ai appliqués à la promulgation par le *Journal officiel* s'appliquent rigoureusement à la promulgation par le *Bulletin des lois*.

25. Je crois seulement que l'arrivée du *Bulletin des lois* ne peut pas se constater comme celle du *Journal officiel* par les règlements postaux, mais uniquement par la constatation de la réception faite par le sous-préfet sur un registre. En effet, il y a intermittence dans l'envoi du *Bulletin des lois*, et non pas régularité comme dans l'envoi du *Journal officiel*.

26. Il est également évident que le jour franc qui doit, dans chaque arrondissement, s'intercaler entre le jour où le *Journal officiel* parvient au chef-lieu et le jour où la loi ou le décret sont obligatoires, doit pareillement s'intercaler quand la promulgation a lieu par le *Bulletin des lois*. En un mot, le système de l'article 3 de l'ordonnance de 1816 et du § 3 de l'article 1er du Code civil est absolument abandonné par le décret du 5 novembre 1870.

27. Le dernier paragraphe de l'article 2 du décret du 5 novembre 1870 dispose que « le gouvernement, par une « disposition spéciale, pourra ordonner l'exécution immé- « diate d'un décret ».

28. D'un *décret*, point d'une loi. Le texte de ce dernier paragraphe est une exception; or, toute exception doit, la raison le dit, se renfermer dans ses termes stricts. Et d'ailleurs si le gouvernement accélérait la mise en vigueur des lois, il empiéterait sur le domaine du pouvoir législatif.

29. Mais il est évident que les *lois* n'en pourront pas moins elles-mêmes être soumises à une mise en vigueur plus prompte, si cela convient au pouvoir législatif. D'une part,

Digitized by Google

en effet, le décret de 1870 est d'ordre législatif, sans doute, mais non pas d'ordre constitutionnel, et par conséquent, il ne peut pas limiter la puissance naturelle du pouvoir législatif; d'autre part, il est évident que le pouvoir législatif a dans sa sphère le même droit que le gouvernement a dans la sienne; et enfin, si cette preuve était utile, l'article 3 du décret de 1870 fait implicitement l'aveu du pouvoir législatif relativement aux lois puisque, à la différence du paragraphe final de l'article 2, il prononce à l'égard, non pas seulement du décret, mais des « *actes législatifs* » en général. En sorte que si le décret de 1870 pouvait jamais être considéré comme constitutionnel, il renfermerait encore l'autorisation pour le pouvoir législatif de hâter la mise en vigueur des lois, comme le gouvernement a cette autorisation pour les décrets.

30. Mais, pour que le gouvernement puisse ainsi accélérer la force obligatoire d'un décret, il faudra qu'il énonce sa volonté « par une disposition spéciale ». C'est la raison même qui veut qu'il en soit ainsi, car autrement, on ne pourrait savoir quand on se trouve dans le cas d'exception prévu par notre paragraphe, et ainsi, ou l'exception ne pourrait jamais s'appliquer, ou bien la règle générale serait elle-même détruite, ou bien enfin, l'interprétation jurisprudentielle serait livrée à tous les hasards de raisonnements conjecturaux.

31. Il est évident, par suite, que même le pouvoir législatif, quand il voudra hâter la mise en vigueur d'une loi, sera obligé d'insérer dans son texte « une disposition spéciale » pour l'ordonner. Le pouvoir législatif n'a pas, plus que le gouvernement, le droit ni, qui plus est, la puissance de se soustraire aux lois de la raison. En outre, comme c'est le gouvernement qui exécute les lois, il faut bien que le gouvernement ait dans la loi même le titre qui prouve son droit d'en hâter la mise en vigueur.

32. Le texte de notre paragraphe dit à tort « l'exécution ». L'exécution ni d'un décret, ni d'une loi, n'a pas lieu instantanément, par le seul fait qu'elle est autorisée et possible; mais pour que cette exécution se produise, il faut qu'un membre du corps social ait accompli un acte conforme ou contraire à l'édiction posée par le décret ou la loi; qu'un membre du corps social se soit posé en agent ou en adversaire du pou-

Digitized by Google

voir social. Jusqu'à ce que cet acte individuel se produise (et l'acte d'un agent officiel est ici un acte lui-même individuel), et tant que l'on n'a que l'existence chez le pouvoir social de la volonté que cet acte se produise, le décret ou la loi est simplement exécutoire.

33. Quelle est la portée réelle du mot « *immédiate* », de notre paragraphe final de l'article 2 du décret de 1870 ? Quels sont les délais que la volonté du pouvoir social (gouvernement ou pouvoir législatif) peut supprimer? Est-ce seulement certains délais, ou est-ce absolument tout délai?

34. Je crois qu'il faut dire que le gouvernement a le droit de supprimer absolument tout délai, c'est-à-dire de faire que le décret soit obligatoire le même jour, absolument, dans toute l'étendue du territoire français. Et je crois, de plus, que le gouvernement peut supprimer même le jour franc concédé à Paris entre le moment de la promulgation et le moment où le décret y devient, habituellement, obligatoire. En un mot, je crois que le gouvernement peut faire que le décret soit obligatoire le jour même indiqué comme étant la date de la promulgation. Et les raisons de mon opinion sont les suivantes :

35. I. Dans le système d'interprétation de l'article 2 du décret de 1870 que je défends :

1° Le gouvernement n'obtiendrait qu'un bénéfice bien insignifiant, et vraiment inappréciable, en ne retranchant du délai normal que le jour franc attribué soit à Paris, soit à chacun des arrondissements; il faut donc en conclure que le gouvernement peut supprimer, non-seulement ce jour franc intercalé, mais même le délai d'un ou de deux jours habituellement nécessaire pour que le *Journal officiel* soit transporté de Paris dans tel ou tel arrondissement.

2° Sous l'empire de l'ordonnance de 1816 et de l'ordonnance de 1817, le jour franc intercalé entre le jour de l'arrivée au chef-lieu du département et le jour où la loi devient exécutoire n'existait pas; c'était donc, alors, par la réduction du nombre de jours réputés (par l'article 3 de l'ordonnance de 1816 et le § 3 de l'article 1er C. civ.) nécessaires pour que la connaissance de la promulgation parvînt dans chaque chef-lieu, que se « hâtait » (expression de l'ordonnance de 1817, art. 1er) l'exécution des lois et ordonnances; on peut donc

Digitized by Google

encore, sous le régime du décret du 5 novembre 1870, réduire et même, au besoin, supprimer ce même nombre de jours, c'est-à-dire les jours qui correspondent à ce même trajet de la promulgation entre son point de départ et son point d'arrivée.

II. Dans le système qui voudrait conserver sous le décret de 1870 la règle de l'article 3 de l'ordonnance de 1816, il faudrait évidemment admettre la légitimité de notre conclusion relativement au droit du gouvernement de retrancher même les jours intermédiaires entre la promulgation et le moment où le *Journal officiel* parvient au chef-lieu de chaque arrondissement, puisque déjà cette conclusion résultait du système de l'ordonnance de 1816, dans son article 4. Seulement il faudrait alors aussi se montrer conséquent et vouloir le maintien tant de l'article 4 de l'ordonnance de 1816 que des deux articles de l'ordonnance de 1817, et admettre que, par innovation, que le système imposerait logiquement, le sous-préfet serait compétent, comme le préfet, pour prendre l'arrêté commandé par l'article 1er de l'ordonnance de 1817.

36. La règle du paragraphe final de notre article 2 du décret de 1870 s'applique évidemment, aussi bien dans le cas où la promulgation a lieu par le *Bulletin des lois* que dans le cas où elle a lieu par le *Journal officiel*. Et les conséquences que nous avons énumérées, selon le système d'interprétation de l'article 2 que l'on choisit, quand il s'agit de la promulgation par le *Journal officiel*, doivent évidemment être adoptées quand il s'agit de la promulgation par le *Bulletin des lois*.

36 *bis*. Pour la question de savoir si la présomption de l'article 2 du décret de 1870 atteint le passible de la loi ou du décret à son domicile seulement, ou bien, au contraire, en tout lieu que ce soit où il se peut rencontrer accidentellement, nous nous expliquerons aux nos 69, 70, 71.

36 *ter*. Nous renvoyons aux nos 72-75 celle de savoir si la force majeure suspend la présomption de l'article 2.

37. L'article 2 du décret de 1870 dit que les lois et les décrets seront « obligatoires » après les délais qu'il indique. Les articles 3 et 4 de l'ordonnance de 1816, rendaient la même idée par le mot « *exécutoire* »; l'article 2 de l'ordonnance de 1817 et le § 2 de l'article 1er du Code civil, l'expri-

Digitized by Google

maient par le mot « *exécutées ;* » et enfin l'article 2 de l'ordonnance de 1816 et le § 3 de l'article 1er du Code civil employaient l'expression « *sera réputée connue* ». Les expressions « sera réputée connue », « seront exécutées », « seront exécutoires », « seront obligatoires, » sont, en d'autres termes, absolument synonymes.

38. Or, toutes ces expressions, et par conséquent, le mot « *obligatoire* » de l'article 2 du décret de 1870, ne rendent pas avec justesse l'idée qu'il y avait à exprimer. Il faut, en effet, se garder d'entendre que les lois et les décrets ne peuvent pas être obligatoires avant l'expiration du délai marqué par notre article 2 du décret de 1870 ; cette interprétation serait fausse. Car, au contraire, les lois et les décrets sont obligatoires, ou exécutoires, ou exécutées [1], non-seulement dès que la promulgation existe, mais même avant la promulgation.

Les lois et les décrets sont obligatoires, ou exécutoires, dès qu'ils existent, c'est-à-dire dès que le pouvoir qui a l'attribution de les produire les a votés définitivement, c'est-à-dire dès que les lois ont été ou proclamées adoptées, s'il n'y a pas lieu, en vertu de la Constitution, à sanction par le chef de l'État, ou sanctionnées, si la Constitution le veut, par le chef de l'État, et dès que les décrets ont été signés par le chef de l'État. Donner en effet à la promulgation la vertu de rendre la loi ou le décret obligatoire ou exécutoire, ce serait dénaturer la promulgation, ce serait lui ôter son caractère essentiel, qui fait qu'elle n'est qu'une *signification* (art. 77, 94, 96, etc., C. pr. civ.), ou, comme disait le décret du 14-16 frimaire an II, une « *notification* [2] » ; ce serait la transformer en sanction, et par conséquent en acte de nature législative.

39. Ce qui donc est vrai, d'après l'article 2 du décret de

[1] Le mot *exécuté*, pris pour *exécutoire*, est évidemment très-impropre. A lui s'applique aussi l'observation du n° 32 *suprà*.

[2] Décret (du 14-16 frimaire an II [4-6 décembre 1793]) sur le mode de gouvernement provisoire et révolutionnaire; section 1re : *Envoi et* PROMULGATION (*) *des lois*, article 1er :

« Les lois qui concernent l'intérêt public, ou qui sont d'une exécution « générale, seront imprimées séparément dans un bulletin numéroté, qui « servira désormais à leur *notification* (*) aux autorités constituées. Ce « bulletin sera intitulé *Bulletin des lois de la République.* »

Digitized by Google

1870, comme d'après tous les textes auxquels il succède, c'est que, tant que le délai qu'il détermine n'est pas expiré, les principes généraux du droit sont respectés : la présomption légale (art. 1349, 1350, 1352 C. civ.) est en faveur du passible ou défendeur à la loi ; et c'est au bénéficiaire ou demandeur à fournir la preuve (art. 1315 C. civ.) du fait, par lui articulé, que son adversaire connaissait la loi au moment de l'acte dont lui, bénéficiaire, argue; tandis que, au contraire, dès que le délai déterminé par l'article 2 du décret de 1870 est expiré, les principes généraux du droit sont renversés ; la présomption légale est contraire au passible ou défendeur à la loi, et c'est à lui à fournir la preuve qu'il ignorait l'existence de la loi (si toutefois cette ignorance est admise comme exonérant des effets de la loi).

40. Le juge ne pourrait donc pas refuser au bénéficiaire de la loi l'autorisation de produire la preuve que le passible connaissait l'existence de la loi, non-seulement avant l'expiration du terme marqué comme étant celui où la promulgation sera réputée connue, mais même avant toute promulgation. Nier ce principe, c'est, encore une fois, transformer la promulgation en sanction, et poser qu'en France le chef de l'État est toujours et absolument le législateur définitif et suprême.

41. A tout le moins, et si l'on prétendait que la promulgation par le chef de l'État est un préalable absolument indispensable, d'après la volonté même du législateur, et d'après la Constitution, pour que la loi soit exécutoire, encore faudrait-il admettre que le délai octroyé pour que la promulgation puisse être connue, ne pourrait pas empêcher l'application de la loi au passible, contre lequel on fournirait la preuve qu'il connaissait la loi avant l'expiration de ce délai. En effet, le décret de 1870 n'a pas abrogé, et les ordonnances de 1816 et 1817 non plus n'avaient pas abrogé l'article 1er du Code civil, et par conséquent, il faut conserver de cet article 1er du Code civil ce qui est encore compatible avec le principe nouveau introduit par le décret de 1870. Or, le deuxième alinéa de l'article 1er du Code civil porte que « les lois seront exécutées (exécutoires) *du moment où la promulgation en pourra être connue* »; donc exécutoires *avant* le moment où s'achève le délai marqué, originellement par

Digitized by Google

le § 3 de ce même article 1er du Code civil, ensuite par les articles 3 et même 4 de l'ordonnance de 1816, et enfin aujourd'hui, par l'article 2 du décret de 1870, si la promulgation a pu être connue avant ce moment, c'est-à-dire s'il est prouvé qu'en effet elle a été connue avant ce moment. Interpréter le mot *obligatoire* du décret de 1870 comme destructif du § 2 de l'article 1er du Code civil serait donc abusif.

42. Évidemment, toutefois, c'est uniquement dans l'acte même émané du passible et qui sert d'arme contre lui que le bénéficiaire doit puiser la preuve que le passible connaissait la loi. Car il est impossible ici, non plus qu'en aucun autre cas, de déplacer l'objet d'un aveu[1]. Et ce serait évidemment déplacer cet objet que de s'emparer de l'aveu qu'aurait fait le passible envers un autre bénéficiaire que le demandeur actuel. (Cf. art. 1163, 1165 C. civ., arg. d'analogie, V. art. 1351 C. civ., arg. *à contrario*. Cf. *infrà*, n° 72.)

43. L'article 2 du décret de 1870 énonce que les lois et décrets seront obligatoires après le délai qu'il détermine : cette affirmation doit, évidemment, être limitée par l'exception qu'introduit l'article 4 du même décret de 1870.

FAUVEL.

(*La fin à la prochaine livraison.*)

BIBLIOGRAPHIE.

ESSAI SUR LA RÉVISION DU CODE CIVIL.

Par M. Joubaire, juge au tribunal civil de Guinguamp.

De tous les monuments de notre législation, le Code civil est assurément le plus respecté et le plus digne de l'être;

[1] Toute preuve, en effet, résulte nécessairement d'un aveu de celui auquel on oppose cette preuve : aveu implicite ou explicite, peu importe. Car une preuve n'est jamais que la contradiction de l'affirmation actuelle du défendeur par la reproduction de son affirmation antérieure; affirmation antérieure dont on a conservé le signe, et qui s'est produite ou par une formule parlée, ou par une formule écrite, ou par un acte (ou positif, ou négatif), qui, agençant des moyens pour une fin, traduisait, par cela même, une volonté définie. (Cf. n° 80, *infrà*.)

Digitized by Google

mais notre déférence pour cette grande œuvre doit-elle aller jusqu'au fétichisme, et la crainte d'en altérer l'ordonnance doit-elle nous détourner à jamais de tout ce qui peut l'améliorer? Il n'est point d'édifice si solidement assis qu'il n'ait parfois besoin de travaux d'entretien, et, plus l'œuvre paraît vénérable, plus on doit souhaiter que des retouches prévoyantes la défendent contre les injures du temps. La nécessité de ces retouches, pour notre législation civile, a été plus d'une fois affirmée par des publicistes compétents; elle est journellement démontrée par les dissidences des commentateurs et par les contradictions de la jurisprudence. Combien de controverses on pourrait éteindre en éclaircissant un texte obscur, en précisant un terme impropre, en remplaçant au besoin tel ou tel article du Code par un texte nouveau rédigé tout exprès pour couper court à ces hésitations et aux conséquences onéreuses qu'elles entraînent pour les plaideurs! M. Joubaire a relevé, dans un exposé sobre et substantiel, la plupart des controverses qu'alimente le Code civil et auxquelles il serait aisé de mettre fin en donnant une sanction légale à l'une ou l'autre des solutions qui divisent les interprètes; il énumère les questions une à une, en suivant l'ordre des titres, en citant sur chaque point les auteurs et les arrêts qui se contredisent. Assurément il s'en faut de beaucoup que son énumération soit complète; elle ne peut pas l'être; mais ce n'en serait pas moins un grand progrès législatif, un grand bienfait pour les justiciables et un grand soulagement pour le juge qu'une loi mûrement élaborée pour mettre fin à ces principales dissidences.

M. Joubaire ne borne pas là l'œuvre de révision qu'il conseille. Indépendamment des points obscurs à éclaircir, il y a dans notre Code civil des dispositions surannées à effacer, des systèmes vieillis à rajeunir, des prescriptions nouvelles à édicter pour répondre à des besoins nouveaux. Il n'est pas d'œuvre humaine qui puisse, pendant plus d'un demi-siècle, subir l'effort du temps sans en garder quelque trace. Un Code civil immuable ne saurait s'adapter qu'à une société immobile, et certes la nôtre ne l'est pas. Elle a accompli, notamment dans l'ordre économique, des évolutions dont le législateur doit tenir compte. Pour ne parler que d'un seul point, le développement des valeurs mobilières et la

Digitized by Google

place considérable qu'elles ont prise dans les patrimoines n'ont pas été, ne pouvaient pas être prévus en 1804. On disait alors, comme dans l'ancien droit, *vilis mobilium possessio*, et l'on réservait pour la fortune immobilière toute la sollicitude de la loi. Les titres de la Tutelle, de la Vente, du Contrat de mariage, des Successions, sont pleins de regrettables lacunes sur tout ce qui concerne la fortune mobilière. Rien, par exemple, n'est plus choquant en théorie et plus dangereux en pratique que la disproportion qu'on remarque entre les garanties données à la femme mariée ou au mineur pour la moindre parcelle de terre, et l'insouciance qu'on semble professer pour les valeurs considérables que ces incapables peuvent avoir en portefeuille. Un tuteur infidèle ne pourra pas aliéner le champ de son pupille, mais rien ne l'empêchera d'aliéner et de dissiper 100,000 francs de rente sur le grand-livre. L'incapable n'aura, dans ce cas, d'autre garantie de bonne gestion que l'hypothèque légale, c'est-à-dire rien si le tuteur n'a pas d'immeubles.

Nous ne pouvons suivre M. Joubaire dans l'exposé de toutes les modifications que le progrès économique impose à la loi civile. Beaucoup de celles qu'il propose semblent déjà avoir pour elles l'assentiment de tous les publicistes qui ont médité sur ce grave sujet; d'autres prêtent plus à discussion, mais n'en sont pas moins dignes d'une étude attentive du législateur. Espérons que des préoccupations d'un autre ordre ne s'opposeront pas indéfiniment à cette étude et qu'un jour viendra où ces grandes questions retrouveront, auprès des pouvoirs publics, la faveur à laquelle elles ont droit.

E. LAFERRIÈRE.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

Digitized by Google

TABLE PAR ORDRE DES MATIÈRES.

JURISPRUDENCE

CIVILE ET CRIMINELLE.

Pages.

Des droits du cessionnaire d'un avancement d'hoirie contre l'hérédité, par *M. H. Lespinasse*. 1
Compétence respective des tribunaux judiciaires et administratifs en matière de transaction sur procès intéressant une commune, par *M. H. Lespinasse*. 7
De la personnalité du droit de publication qui appartient à un auteur vivant, par *M. A. Morillot*. 29
Demande en déclaration de non-existence d'un mariage pour cause d'identité de sexe entre les prétendus époux, par *M. Ph. Jalabert*. 129
De la clause qui dénie à l'État le droit de réduire un legs fait à un établissement public, par *M. A. Morillot*. 169
Questions concernant la nationalité des habitants de l'Alsace-Lorraine, par *M. Robinet de Cléry*. 216, 291, 396, 465
Des effets, à l'égard des créanciers de l'assuré, d'un contrat d'assurance sur la vie, fait en faveur de ses héritiers ou ayants droit, par *M. H. Rozy*. 257
Des dommages causés aux propriétaires voisins par les concessionnaires de mines propriétaires de la surface, par *M. Paradan*. . . 321
De la compétence en matière de discipline notariale, par *M. Lespinasse*. 343
De l'action directe accordée aux ouvriers par l'article 1798 du Code civil, par *M. P. Trencart*. 411
Partage des biens communaux. — Sur la prescription des droits conditionnels d'après l'article 2257 du Code civil, par *M. Lespinasse*. 449
De la rétroactivité des lois de compétence, par *M. Théophile Bazot*. . 513
Des substitutions prohibées par l'article 896 du Code civil, par *M. Paradan*. 577
De l'acceptation des donations entre-vifs, par *M. Lespinasse*. 640
De la jonction des possessions, par *M. L. de Castelnau*. 648
Question sur la séparation des patrimoines, par *M. A. Nicolas*. 662
De la prescription en matière de ventes nationales, par *M. H. Lespinasse*. 689

JURISPRUDENCE

ADMINISTRATIVE ET COMMERCIALE.

De la création de communes par l'érection de sections en communes, par *M. E. Laferrière*. 14

Digitized by Google

Pages.
Commissionnaires de transport. — Avaries. — Responsabilité, par *M. Lespinasse*. 193
Contribution foncière, par *M. O. Le Vavasseur de Précourt*. 385
De la capacité juridique des fabriques et autres établissements ecclésiastiques, par *M. Migneret*. 588
Des décrets de supression d'offices ministériels, par *M. E. Laferrière*. 692

LÉGISLATION

CIVILE ET CRIMINELLE.

La colonisation agricole pénitentiaire, par *M. Ch. Lucas*. 91
Le Congrès international de Londres pour la réforme pénitentiaire des prisons, par *M. Ch. Lucas*. 310

LÉGISLATION

ADMINISTRATIVE ET COMMERCIALE.

Réforme du droit maritime, par *M. de Valroger*. 150
De l'hypothèque maritime, par *M. Gonse*. 200
Les conseils de préfecture, par *M. Migneret*. 65, 671
Le Congrès international des brevets d'invention tenu à Vienne en 1873, par *M. Ch. Lyon-Caen*. 713

PROCÉDURE CIVILE.

Caractères de la tierce opposition, par *M. E. Naquet*. 351, 420
Questions sur les ordres et les contributions, par *M. Dramard*. 480, 557, 600

DROIT PUBLIC.

De la promulgation des lois et décrets, par *M. Fauvel*. 723

DROIT DES GENS.

La cause de l'arbitrage international devant le peuple des États-Unis, par *M. Ch. Lucas*. 548
Quelques mots sur l'organisation du mouvement progressif de la science en faveur de la codification du droit des gens, par *M. Lucas*. 634

ORGANISATION JUDICIAIRE

ET ADMINISTRATIVE. — ENSEIGNEMENT.

De l'enseignement du droit et spécialement du droit romain dans les Facultés de l'État, par *M. A. Seligman*. 272, 334

ÉCONOMIE POLITIQUE.

De la question monétaire en 1873, par *M. Serrigny*. 455

Digitized by Google

LÉGISLATION ÉTRANGÈRE.

Pages.
Bibliographie juridique italienne, par *M. E. Dubois.* 50, 183, 232, 428, 509

BIBLIOGRAPHIE.

Traité de la prescription en matière civile, par *M. le Roux de Bretagne;* compte rendu par *M. Ernest Dubois.* 61
Répétitions écrites sur le droit romain, par *M. L. Thézard;* compte rendu par *M. E. Garsonnet.* 63
Cours de Code civil, professé à l'École de droit de Paris par *M. Valette,* compte rendu par *M. E. Bonnier.* 105
La propriété, le capital et le travail, par *M. Rozy;* compte rendu par *M H. Lespinasse.* 111
Histoire des États généraux, par *M. G. Picot;* compte rendu par *M. G. Debacq:* 119
Quelques observations sur la loi successerale à propos du livre de M. de Cornulier sur la liberté de tester, par *M. G. Debacq.* . . . 246
Deuxième supplément chronologique aux principes de l'enregistrement contenant l'explication de la loi du 28 février 1872, par *M. G. Demante;* compte rendu par *M. Ch. Lyon-Caen.* 252
Histoire de la réserve héréditaire et de son influence morale et économique, par *M. G. Boissonade;* compte rendu par *M. P. Cauwès.* 368
Des vicissitudes du jury, par *M. Paringault.* — Lois du jury, organisation et compétence, par *M. J. C. Barbier;* compte rendu par *M. G. Debacq.* 381
Mémorial du ministère public, par *M. C. Dutruc.* — Cours de droit civil français, par *MM. Aubry* et *Rau.* — Exposé rationnel des principes du Code civil à l'usage des étudiants, par *M. F. Bernard.* — Le Code civil expliqué dans ses rapports avec le Code de procédure, par *M. Charrier-Juignet;* compte rendu par *M. G. Debacq.* 501
Journal du Palais. Répertoire général contenant la jurisprudence de 1791 à 1857; Table complémentaire contenant la jurisprudence de 1857 à 1870, par *M. J. Ruben de Couder;* compte rendu par *M. J. E. Labbé.* 573
Novum enchiridion juris romani, par *M. Giraud;* compte rendu par *M. E. Dubois.* 674
Les pénalités de l'enfer du Dante, par *M. Ortolan;* compte rendu par *M. G. Debacq.* 682
Essai sur la révision du Code civil, par *M. Joubaire;* compte rendu par *M. E. Laferrière.* 741

NÉCROLOGIE.

M. F. Cotillon, par *M. E. Laferrière.* 64

Digitized by Google

TABLE PAR NOMS D'AUTEURS.

MM.		Pages.
BAZOT.	De la rétroactivité des lois de compétence.	513
BONNIER.	Cours de Code civil, par *M. Valette.*	105
CAUWÈS	Histoire de la réserve héréditaire, par *M. Gustave Boissonade.*	368
DEBACQ.	Histoire des États généraux, par *M. G. Picot.*	119
—	Quelques observations sur la loi successorale à propos du livre de *M. de Cornulier.*	246
—	Des vicissitudes du jury, par *M. Paringault.*	381
—	Lois du jury, organisation et compétence, par *M. J. C. Barbier.*	381
—	Mémorial du ministère public, par *M. C. Dutruc.* — Cours de droit civil français, par *MM. Aubry* et *Rau.*— Exposé rationnel des principes du Code civil, par *M. F. Bernard.* — Le Code civil expliqué dans ses rapports avec le Code de procédure, par *M. Charrier-Juignet.*	501
—	Les pénalités de l'enfer du Dante, par *M. Ortolan.*	682
DE CASTELNAU.	De la jonction des possessions.	648
DRAMARD.	Questions sur les ordres et les contributions.	480, 557, 600
DUBOIS.	Traité de la prescription en matière civile, par *M. A. le Roux de la Bretagne.*	61
—	Bibliogr. juridique italienne.	50, 183, 232, 428, 509
—	Novum enchiridion juris romani, par *M. Ch. Giraud.*	674
FAUVEL.	De la promulgation des lois et décrets.	723
GARSONNET.	Répétitions écrites sur le droit romain, par *M. L. Thézard.*	63
GONSE.	De l'hypothèque maritime.	200
JALABERT.	Examen doctrinal de Jurisprudence civile.	129
LABBÉ.	*Journal du Palais.* Répertoire contenant la jurisprudence de 1791 à 1857; Table complémentaire contenant la jurisprudence de 1858 à 1870, par *M. J. Ruben de Couder.*	573
LAFERRIÈRE.	De la création de communes par l'érection de sections en communes.	14
—	Des décrets de suppression d'offices ministériels.	692
—	Essai sur la révision du Code civil, par *M. Joubaire.*	741
LESPINASSE.	Des droits du cessionnaire d'un avancement d'hoirie contre l'hérédité.	1
—	Compétence respective des tribunaux judiciaires et administratifs en matière de transaction sur procès intéressant une commune.	7

Digitized by Google

MM. Pages.

LESPINASSE. . . . . La propriété, le capital et le travail, par *M. Rozy*. 111
— Commissionnaires de transport.—Avaries.—Responsabilité. 193
— De la compétence en matière de discipline notariale. 343
— Partage des biens communaux. 449
— Sur la prescription des droits conditionnels d'après l'article 2257 du Code civil. 452
— De l'acceptation des donations entre-vifs. . 640
— De la prescription en matière de ventes nationales. 689
LE VAVASSEUR DE PRÉCOURT. Contribution foncière. 385
LUCAS. . . . . La colonisation agricole pénitentiaire. . . . 91
— Le Congrès international de Londres pour la réforme pénitentiaire des prisons. 310
— La cause de l'arbitrage international devant le peuple des États-Unis. 548
— Quelques mots sur l'organisation du mouvement progressif de la science en faveur de la codification du droit des gens. 634
LYON-CAEN. . . . . Deuxième supplément chronologique aux principes de l'enseignement, par *M. Demante*. 252
— Le Congrès international des brevets d'invention tenu à Vienne en 1873. 713
MIGNERET. . . . . Les conseils de préfecture. 65, 671
— De la capacité juridique des fabriques et autres établissements ecclésiastiques. 588
MORILLOT. . . . . De la personnalité du droit de publication qui appartient à un auteur vivant. 29
— De la clause qui dénie à l'État le droit de réduire un legs fait à un établissement public. 169
NAQUET. . . . . Caractères de la tierce opposition. . . 351, 420
NICOLAS. . . . . Question sur la séparation des patrimoines. 662
PARADAN. . . . . Des dommages causés aux propriétaires voisins par les concessionnaires de mines propriétaires de la surface. 321
— Des substitutions prohibées par l'article 896 du Code civil. 577
ROBINET DE CLÉRY. . . . Questions concernant la nationalité des habitants de l'Alsace-Lorraine. 216, 291, 396, 465
ROZY. . . . . Des effets, à l'égard des créanciers de l'assureur, d'un contrat d'assurance sur la vie, fait en faveur de ses héritiers ou ayants droit. 257
SELIGMAN. . . . . De l'enseignement du droit et spécialement du droit romain dans les Facultés de l'État. 272, 334
SERRIGNY. . . . . De la question monétaire en 1873. 455
TRENCART. . . . . De l'action directe accordée aux ouvriers par l'article 1798 du Code civil. 411
VALROGER. . . . . Réforme du droit maritime. 150

2030. Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière et Cᵉ, 26, rue Racine.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google